BIBLIOTECA

DI

GIURISPRUDENZA

ITALIANA.

ANALISI RAGIONATA
DEL
DIRITTO CIVILE
FRANCESE

Col confronto delle Leggi Romane, di quelle che si usavano in Francia, e del nuovo Codice Francese.

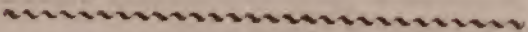
Di P. L. C. GIN

Antico Magistrato, Membro dell' Accademia di Legislazione, della Società Accademica delle Scienze, e Presidente di quella di Beneficenza Giudiziaria nell' Università di Giurisprudenza.

TRADUZIONE ITALIANA
CON ANNOTAZIONI

Di TOMMASO NANI

Professore di Diritto e Procedura Criminale nell' Università di Pavia, e Membro del Collegio Elettorale de' Dotti.

VOLUME PRIMO

MILANO,
Dalla Tipografia di Francesco Sonzogno di Gio. Batt.
Stampatore e Librajo corsìa de' Servi, N. 596.

1805.

Le note del Professore Tommaso Nani sono indicate coi numeri arabici.

AGLI STUDENTI

DEL CIVILE DIRITTO

Nelle Università di Pavia e Bologna

Il Professore

TOMMASO NANI.

Fralle *Opere di Giurisprudenza relative al Codice Civile de' Francesi, delle quali recate in Lingua Italiana lo Stampatore e Librajo sig. Francesco Sonzogno di Gio. Battista imprese una bella ed utile edizione, quella che più eccitò la mia attenzione fu l'analitico e ragionato confronto del suddetto Codice colle Leggi Romane e con le antiche consuetudini, ordinanze ed editti della Francia, del sig. P. L. C. Gin antico Ma-*

gistrato, Membro dell' Accademia di Legislazione, della Società Accademica delle Scienze ec.

Un nuovo Codice non può essere meglio dilucidato che con richiamarlo a quelle fonti a cui ben molti degli stabiliti principj furono attinti; nè meglio si può ottenerne una non equivoca interpretazione che con le opportune ed analoghe osservazioni sulla concordia o disconvenienza delle nuove disposizioni alle leggi e costumanze, le quali dapprima esistevano.

Ma per quanto esatta e giudiziosa sia l'analisi, con cui l'opera venne estesa dal lodato autore, vi si scorgono però non pochi voti che si possono utilmente riempiere con la scorta della ragione, con l'applicazione delle sublimi dottrine che nel romano diritto ammiriamo, e costantemente ammireremo, e con la luce di quell' erudizione, la quale diretta da un certo criterio ed usata con moderazione può essere assai vantaggiosa all'importante oggetto dell' interpretazione.

Mi sono quindi determinato di procurare un maggiore rischiarimento dell' opera con apporvi alcune note, le quali non ad altro

son dirette che a rendere vieppiù spedito e facile lo studio della romana giurisprudenza combinato con l'istruzione di un Codice il quale formerà quanto prima le tavole della civile giustizia per la Nazione Italiana.

Se nel mio divisamento io sia felicemente riescito, invoco il giudizio imparziale del Pubblico. Piacemi frattanto d' intitolare a voi, Giovani *studiosi del Diritto civile nelle Università di Pavia e Bologna, a Voi, care speranze del bel paese*

che Appennin parte e 'l mar circonda e l'Alpe,

questo, qualunque sia per essere, esperimento delle mie meditazioni.

Inaugurati quest'anno all'ara di Minerva armata e sapiente sotto i fausti auspicj dell' augustissimo Re d'Italia Napoleone *Imperatore de' Francesi, saprete nell'istruzione militare e politica corrispondere all' aspettazione di quell'* Eroe, *che grande ugualmente nelle guerriere intraprese, come nelle istituzioni di pace, verificò meglio di Giustiniano la giustissima avvertenza che* imperatoriam majestatem et armis decoratam et legibus oportet esse armatam (*).

(*) In Proœm. Instit.

Accogliete di buon grado quest' attestato dell' affettuosa mia premura al migliore vostro profitto nell' utile scienza delle civili discipline, e siate persuasi, che il sincero vostro aggradimento sarà alle passate mie cure e fatiche il più dolce sollievo, ed alle future il più efficace incoraggimento.

ANALISI RAGIONATA
DEL
DIRITTO FRANCESE

RISULTANTE DALLA COMPARAZIONE
DELLE DISPOSIZIONI DELLE LEGGI ROMANE,
DI QUELLE DELLA COSTUMANZA DI PARIGI,
E DEL NUOVO CODICE DEI FRANCESI.

INTRODUZIONE

Che contiene un cenno sulla storia del Diritto Francese, dalla conquista di Clodoveo sino ai nostri tempi.

Allorchè Clodoveo conquistò le Gallie, il desiderio di cattivarsi l'amore de'suoi nuovi sudditi lo fe' risolvere a conservare le leggi dei vinti popoli.

Dalla mescolanza delle nazioni che lo avevano aiutato nella conquista, di quelle che si erano spontaneamente, sottoposte al suo impero, e delle altre ch'egli avea sog-

giogate, risultò una confusione di cose, che non solamente i diversi cantoni abbracciava, ma persino sopra ogni individuo dell' impero francese si distendeva. Il Romano, il Visigoto, il Ripuario, cioè l'abitatore originario delle sponde della Mosa e del Reno aveano le loro leggi particolari, « dimodochè, dice uno degli antichi storici francesi, di cinque persone che insieme si trovavano, raro non era che due non vi fossero viventi sotto la stessa legge. » AGOBERT. *Raccolta degli antichi storici di Francia* (1).

L'ordine cominciava a ristabilirsi per la saviezza dei *Maires*, o maestri del palazzo, che sotto gli ultimi re della prima razza governavano in nome loro: sembrava che quest' ordine più profonde radici avesse gettato

(1) *Un carattere particolare che si ravvisa nelle leggi degli antichi popoli settentrionali si è, che queste non essendo attaccate ad un territorio, erano tutte personali. Così il Franco era giudicato colla legge de' Franchi, l'Alemanno con la legge degli Alemanni, il Borgognone con la legge de' Borgognoni, il Romano con la legge Romana. Il conquistatore in que' tempi, ben lontano dal rendere uniforme la legislazione presso i popoli conquistati, neppure pensava a farsi legislatore sulle vinte nazioni. V. Montesq.* Esprit des loix liv. 28, chap. 2.

nei gloriosi regni di Pipino (2) e di Carlomagno (3), ma ben tosto l'anarchia feudale, dopo la morte del debole re Lodovico il *Débonnaire*, fe' ricadere nel caos la nostra legislazione. I combattimenti, le prove, furono sostituiti all' ordine giudiziario, come se Dio avesse dovuto operar miracoli perchè la verità trionfasse, quando gli uomini trascurano i mezzi che la provvidenza lor-

---

(2) *Dalle leggi longobardiche*, lib. 2 tit. 58, *si rileva che il Re Pipino ordinò, che ove non esistesse la legge si attendesse la consuetudine, ma che la consuetudine non fosse mai alla legge preferita. Trovasi la stessa massima nel diritto Romano, come si ha dalla L.* 2, *C.* quae sit long consuet. — Consuetudinis, ususve longaevi non vilis auctoritas est: Verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.

(3) *Da una decretale d'Innocenzo III nel cap.* novit. 13 de indic. *si desume che Carlo M. avendo conquistato il regno di Francia e l'impero d'Occidente confermò le leggi Teodosiane. Ne' capitolari di quest' Imperatore trovansi in fatti lodate le leggi Romane Sotto il medesimo gli ecclesiastici vennero a formare un corpo separato, che di buon grado accolse i canoni de' concilj e le decretali de' papi come leggi provenienti da una sorgente più pura. Lo stesso Carlo M. ricevette da Adriano I la celebre collezione di Dionigi* il Piccolo, *e la fece adottare.*

diede per discoprirla (4). La forza solamente potè mettere un freno alla tirannia: il popolo schiavo non conobbe altra legge che il capriccio de' suoi padroni.

Se l'antica legge delle Gallie, il diritto romano, corrotto dal mescuglio d'estere leggi, sfigurato da ridicoli assurdi usi, pur serbò qualche autorità nelle provincie meridionali, che noi indichiamo tuttora *paesi di diritto civile* (5), esso altrove andò interamente in dimenticanza e disuso.

I regolari e i preti che, per la crassa igno-

Comparve pure in quel tempo la collezione d'Isidoro il Mercatore.

(4) *Sull' uso introdotto del combattimento giudiziario è celebre la legge di un re de' Borgognoni, il quale volendo al giuramento sostituire il duello ne dà questa ragione* — Perchè i nostri sudditi non giurino più sopra fatti oscuri, e non sieno più spergiuri sopra fatti certi. *V. la legge de' Borgognoni cap.* 44. *E' pure celebre la dichiarazione di Arrigo I, che la sua legge sulla pratica de' combattimenti giudiziarj era stata fatta col consenso ed approvazione di molti vescovi fedeli. V. l'erudita nota di Filangieri (2)* al cap. 11, lib. 3, par. I della Scienza della Legislazione.

(5) *V. l'erudita opera di Arturo Duck* De usu et authorit. iur. civ. Roman. lib. 2, cap. 5. *Montesq.* op. cit. lib. 28, cap. 45.

ranza dei laici, riunirono in se stessi all' autorità ecclesiastica la temporale; quel clero, a cui siamo debitori della conservazione di qualche idea di letteratura, e dei monumenti della nostra istoria, quel clero, dissi, sostituì quasi dappertutto alla sapienza dei romani giureconsulti il diritto canonico, cioè le decisioni dei papi, sopraccaricate dalle false decretali del monaco Isidoro, confuse coi regolamenti dei primi concilj e colla dottrina dei padri della chiesa (6).

Quando dico che il diritto romano fu l'originaria legge nostra, parlo del Codice Teodosiano (7), imperciocchè la compilazione redatta per ordine di Giustiniano, sepolta nelle ruine dell' antica Roma, per gli

---

(6) *V. la nota* (5).

(7) Alacrius II rex Gothorum pro Aquitanis et Narbonensibus Codicem Theodosianum edidit anno Christi DVI per Anianum cancellarium suum, qui ad eum codicem et Pauli sententias, Caijque institutiones notas adscripsit, fuitque deinceps Codex Theodosianus apud gentes christianas valde celebratus, et dicebatur lex Romana, fuitque in magna veneratione apud Patres ecclesiae in conciliis, eiusdemque authoritatem Ivo et Gratianus in decretis suis deinceps adhibuerunt. *V. Duck* loc. cit.

esterminj dei lombardi e dei seraceni non ricomparve che nel 1137 (8).

---

(8) *I digesti, di cui Triboniano fu il principale compilatore, si ritrovarono verso l'anno 1137. Da quell' epoca il diritto romano si considerò come redivivo. S' instituirono delle scuole in Italia per insegnarlo, e prese un tale ascendente che fece ecclissare il codice de' Longobardi.* — In academiis Galliae, *così Duck* loc. cit., ius civile romanorum coepit efflorescere quam primum Irnerius sub Lothario Bononiae illud professus fuisset; mox enim amplis stipendiis accersiti ex Italia Placentinus et Azo in academia Montispessulana, in Tholosana Franciscus Accursius junior, et Petrus de Bella-Pertica, aliique libros Justinianaeos publice legerunt diu ante academias in Gallia pro legum studio institutas. *Anche ne' paesi della Francia, che si regolavano con le consuetudini, questa grand' opera di Giustiniano venne insegnata sotto Filippo* il Bello *come* ragion scritta, *e s. Luigi cercò di accreditarla con una traduzione nel patrio idioma.* Galliae vero nostrae propriam hanc laudem quis invideat, Romanas leges statim ubi Pandectarum de novo repertarum lux affulsit, hic velut in natali solo consedisse? Hic ex regum nostrorum auctoritate et consensu in media fere regni parte pro iure communi patrioque servantur. In ceteris autem, quae peculiari reguntur cuiusque provinciae consuetudine, a iure scripto romano mutuamur quod aequitati consonum, et negotio, quo de agitur, aptum, congruumque invenitur: non quod unquam fuerimus subditi Justi-

Le tenebre della barbarie cominciarono allora a dissiparsi. Gli stabilimenti di s. Luigi, e un piano di condotta sostenuto dai successori di Ugo Capeto pel ristabilimento della loro autorità, richiamarono l'ordine giudiziario: ma gli usi introdotti nelle terre dei grandi vassalli erano già divenuti cari alle nostre provincie per il lungo abito di conformarsi a quelli. I contratti di matrimonio, le donazioni, i testamenti, i trattati che riunirono i grandi feudi alla corona, rendettero sicura ai sudditi di quelle provincie la conservazione delle loro costumanze: la politica stessa obbligò a rispettare questi usi nelle provincie che furono riunite alla corona a titolo di confiscazione o di conquista.

Sulle prime non altre prove si usavano che quelle dei combattimenti e degli espe-

---

mano magno, aut successoribus eius: sed quia ius, illo auctore, a sapientissimis viris ordinatum tam est aequum, rationabile, et undequaque absolutum, ut omnium fere christianarum gentium usu et approbatione commune sit effectum, *così due celebri giureconsulti della Francia, Molineo nel tit.* des Fiefs in proem. n. 110, *e Pothier* Pandect. Justin. in praef. § 3, n. 2. *V. Montesq.* cap. cit.

rimenti, prove ordinarie in que' barbari tempi: dopo il regno di s. Luigi, si ammise la prova per la deposizione dei testimonj nelle inchieste (9). Se alcuni magistrati, come Beaumanoir e Desfontaines (10), ci hanno trasmesso in iscritto le costumanze delle loro provincie, queste private raccolte simili a quelle di Montluc, dette poscia i registri *Olim* del parlamento, non avevano alcuna legale autorità (*a*).

---

(9) *V.* Etablissemens liv. 1, ch. 6, et liv. 2, ch. 15; liv. 1, chap. 78; liv. 2, chap. 67; liv. 1, chap. 1, 2, 3.

(10) *Desfontaines scrisse sotto il regno di s. Luigi, e Beaumanoir scrisse pochissimo tempo dopo la morte di questo Re. Amendue ridussero in iscritto le consuetudini de' loro* Baliaggi, *e l'oggetto delle loro opere era piuttosto di dare una pratica giudiziaria, che le costumanze de' loro tempi riguardo alla disposizione sui beni. Tutto però vi si ritrova, e sebbene questi scrittori non avessero che l' autorità corrispondente alla verità e pubblicità delle cose da essi dette, non si può dubitare che non abbiano molto servito al rinascimento del diritto francese.*

(*a*) Montluc viene ordinariamente chiamato *Greffier* o scrivano del parlamento: ma egli era certamente membro di quella corte. E come v'erano mai scrivani in un tempo, nel quale i giudizj di quell' augusto tribunale, composto dei primi vassalli della

Col fissare per mezzo di un'autentica redazione l'incertezza di questi usi, si veniva a togliere la radice di una gran quantità di processi, e si rendeva un segnalato servigio alla nazione.

Questa redazione fu ordinata da Carlo VII nell'art. 125 dell'Ordine del 1453 *(a)*.

« Volendo (dice quell'articolo) abbreviare i processi e i litigi tra i nostri sudditi, e sollevarli dalle spese, e togliere ogni materia di variazioni e contrarietà, ordiniamo che le costumanze, usi e stili del nostro regno siano redatti e messi in iscritto, asseriti dai conoscitori delle costumanze, dai pratici, e dalla gente di ognuno de' detti paesi del detto nostro regno, le quali costumanze, usi e stili così asseriti saranno posti e scritti in libri, i quali ci verranno presentati per farli vedere e visitare a genti del

---

corona e dei legali che il monarca ad essi associava, non si conservavano che nella memoria dei giudici che li avevano pronunciati? » Auditis hinc inde . . . recordata est curia pronuntiatum fuisse in parlamento sancti Martini hyemalis anno . . . » *Registri* Olim *dell' anno* 1262, *sino al* 1296.

(a) Fontanon, t. 1, pag. 704.

nostro gran consiglio, o della nostra corte del Parlamento, e per poterli noi decretare e confermare.... »

In esecuzione di quest' ordine furono convocate assemblee composte dei tre ordini dello stato (così qualificavan se stessi allora, ed anche dopo i vescovi, gli abati, la nobiltà per distinguersi dai borghigiani delle città appena usciti di servitù: eppure sessant' anni dopo, le costumanze istesse della *prevostura* e *viscontea* di Parigi, quantunque fissate e approvate in presenza del Re, non erano ancora state pubblicate.

Il pubblicarle fu l' oggetto di una commissione data da Luigi XII al 21 gennaro 1510 a tre magistrati del parlamento di Parigi (a) per riunire in presenza loro *i conti, baroni, castellani, alti signori giustizieri, prelati, capitoli, uffiziali regj, avvocati, licenziati, pratici, e tutti gli altri buoni e di-*

(a) Thibaut Baillet presidente, Francesco di Morvilliers consigliere, e Ruggero Barme avvocato del re al parlamento di Parigi: questo era il titolo che portavano allora, detti poscia nelle corti superiori, avvocati generali.

stinti borghigiani della detta città, prevostura e viscontea, all'oggetto di udir la lettura degli articoli redatti, di passare alla pubblicazione degli articoli accordati, di regolare le contestazioni suscettibili d' essere immediatamente terminate, di formar processo verbale delle opposizioni che *non potessero venir disciolte nella detta assemblea* e farne relazione al parlamento.

Nel giorno istesso Luigi XII mandò altre lettere patenti a due presidenti del parlamento, a un maestro delle suppliche, a otto consiglieri e a *Ruggero Barme*, avvocato del Re, ch' egli incaricò di radunare, in ogni baliaggio o siniscalcheria, il clero, la nobiltà, il terzo stato, gli uffiziali regj, gli avvocati e i pratici, per proceder con essi alla redazione delle costumanze non ancora redatte.

Tale fu la forma osservata in quella prima redazione: essa presenta in tutto il voto unanime dei magistrati e dei rappresentanti della nazione: e con tutto ciò le nostre costumanze non prendono già autorità da quel voto, ma bensì dai soli ordini dei nostri Re.

« Vogliamo (così si esprimono quelle

lettere) che tutti e ciascuno degli articoli delle dette costumanze che saranno accordate dai detti stati riuniti, come è detto, o dalla maggiore e sana parte di quelli, e particolarmente di voi che sarete incaricati della pubblicazione di quelle, siano pubblicate, adesso per allora e allora per adesso, le costumanze contenute in quelli articoli accordati nella suddetta maniera, di nostra certa scienza, piena potenza e autorità regia, *abbiamo decretato e autorizzato, decretiamo e autorizziamo con queste presenti, e vogliamo che quelle siano inviolabilmente osservate e seguite, senza infrazione, come legge perpetua e irrevocabile;* e comandiamo con queste presenti alle nostre amate e fedeli genti che formano le curie del parlamento, i nostri balì e siniscalchi, e altri nostri uffiziali e funzionarj di giustizia, che queste costumanze si facciano ammettere ed osservare, e se ne formino pubblici registri, agli estratti dei quali sia prestata fede; e tutte le cause, di cui occorrerà decisione, siano secondo le dette costumanze giudicate e decise senza alcuna difficoltà, e senza obbligo di far ricerca o prova alcuna sopra le dette co-

stumanze, oltre i detti estratti debitamente fatti (*a*) ».

(*a*) Tale era in que' tempi la forma di pubblicazione delle leggi nei baliaggi e siniscalcherie. A quella verso l'anno 1586 ne fu sostituita un' altra più analoga all' ordine gerarchico dei tribunali. Il gran consiglio ne diede l'esempio, incaricando il suo procurator generale di mandare ai baliaggi, siniscalcherie e presidiali le leggi che ad esso venivano indirizzate. La stessa forma fu osservata nel parlamento di Parigi l'anno 1590. Dopo quell' epoca non mandò più le leggi che alle corti, dette sovrane, affinchè giudicassero in ultima istanza, senza che le loro sentenze potessero essere attaccate che da un ricorso al monarca o al suo consiglio, in caso di contravvenzione alle leggi: e le corti le fecero pubblicare e registrare nei tribunali inferiori. *Registri del gran consiglio del parlamento di Parigi.*

Così fu ristabilita l'antica formula di pubblicazione delle leggi deliberate nel consiglio dei nostri re, il qual consiglio ora è nominato parlamento, ora gran consiglio, prima dei due smembramenti successivi di questo corpo, fatti, l'uno da Filippo il Bello, quando rendette il parlamento sedentario nel 1302, e l'altro da Carlo VIII, e Luigi XII nel 1497 e 1498. Noi ne troviamo un rimarchevole esempio nell' ordine sulle *cittadinanze* (*Bourgeoisies*) riportato nel tom. I degli Ordini del Louvre. » E sarà pubblicato quest' ordine in ogni baliaggio, nel primo che sarà . . . Quest' ordine fu fatto nel parlamento di pentecoste, l'anno 1387.

Raccolgo i monumenti di queste assemblee particolari delle nostre provincie, più preziosi di quelli delle assemblee della nazione intera negli Stati generali.

Questi introdotti da Filippo il Bello nel 1302 ebbero tre oggetti. La necessità di fissare con sicurezza l'ordine invariabile della successione alla corona, come accadde dopo la morte di Luigi XI detto *l'Hutin*: l'obbligazione di resistere alle intraprese della corte di Roma (11): e finalmente il rispetto dei nostri re per la proprietà dei loro sudditi nello stabilimento delle imposizioni. Ma queste assemblee furono quasi sempre tumultuose ed impotenti a fare il bene. Ne ho detto altrove la ragione (*a*).

(11) *Le contestazioni insorte tra Bonifacio VIII e Filippo il Bello sulla stravagante pretensione della corte di Roma, che alla podestà ecclesiastica fosse subordinato il potere politico, e si dovessero rispettare tutte quelle prerogative, che nella celebre Bolla* Unam sanctam *vennero sanzionate, dovevano certamente determinare quell' avveduto e coraggioso Re ad impegnare le assemblee della nazione negli Stati generali a resistere alle intraprese della corte di Roma, giacchè la causa del principe per i diritti inalienabili della corona è certamente la causa del popolo.*

(*a*) Veri principj di governo, parte I, sezione IV

Ogni numerosa assemblea segue ciecamente l'impulso dei suoi capi, cioè di quelli che pretendono ascendente sulla moltitudine (12), più coll' intrigo e coi prestigi di una falsa eloquenza (13), troppo spesso guidata dai particolari interessi contrarj all'interesse generale, che per la forza della verità.

---

con note relative allo stato attuale. Parigi, presso Royer libraio, strada di Thionville (altre volte Delfina) n. 20.

(12) Multitudo omnis, sicut natura maris per se immobilis est: ut venti et aurae cient, aut tranquilli aut procellosi. Et causa in vobis atque origo omnis furoris penes auctores est: vos contagione insanistis. *Livius* in oration. Scipion. afric. ad milit. histor. lib. 28, cap. 27.

(13) *Nulla di più pericoloso e funesto dell' eloquenza disgiunta dalla sapienza. Era questa l' eloquenza di Catilina, siccome lo attesta Sallustio* in conjurat. Catilin. Habebat sapientiae nihil, eloquentiae multum. *L'eloquenza che produce ottimi effetti, che solleva l' oratore al favore de' pubblici suffragi, che regola i movimenti popolari e li dirige alla moderazione ed alla tranquillità, è quella dell' uomo probo :*

Tum pietate gravem si forte virum quem
Conspexere, silent, arrectisque auribus astant
Ille regit dictis animos et pectora mulcet.

Virg. in Æneid.

Così non accadde già nelle assemblee dei tre stati d'ogni baliaggio e siniscalcheria, convocate per la redazione e riforma delle nostre costumanze. Essendo meno numerose, furono più facilmente tenute a dovere: l'urto degl' interessi particolari venne indebolito con più successo, in conseguenza della riunione al centro comune del pubblico interesse: finalmente queste assemblee in nessun tempo ebber mai la facoltà legislativa, di cui la moltitudine è assolutamente incapace (14): ma convocate dall' autorità

(14) *Per quanto il cardinale Gerdil abbia contro l'opinione di Montesquieu dimostrato che la virtù è necessaria in qualunque forma di governo, è però incontrastabile che nella semplice democrazia, piucchè in qualunque altro governo, la virtù sola può essere l'unica direzione de' cittadini al centro comune del pubblico interesse, onde si verifichi ciò che disse un savio della Grecia, volendo indicare il migliore de' governi*, che il torto fatto ad uno s'abbia come fatto a tutti. *Nella tante volte sperimentata mancanza di un principio così necessario a regolare gli oggetti del sistema democratico, lo stato popolare viene per inevitabile conseguenza ad essere funestamente disordinato e vizioso. Tra i moltiplici disordini che ne emergono, non è certamente ad alcuno inferiore quello dell' ambizione popolare che Plutarco definisce:* Vesanus morbus tyrannide non minor.

del legislatore, presiedute da' commissarj nominati dal Monarca, attestavano fatti ed usi che acquistarono in seguito, colla di lui sanzione, il carattere di leggi, redazioni peraltro così imperfette, che Enrico III determinato dal voto della nazione, non potè sottrarsi dal comandarne una generale rifusione.

A tale oggetto indirizzò ai 10 gennajo 1580 una commissione a Cristoforo de Thou, primo presidente del parlamento di Parigi, e a Matteo Charrier, Giacomo Viola, Pietro Longueil, consiglieri, per procedere alla riforma della costumanza di Parigi.

« Noi essendo ben avvertiti che molti articoli di quelle (costumanze) sono oscuri e inintelligibili, ed hanno dagli usi, giudizj e sentenze ricevuta interpretazione, la quale non è stata redatta in iscritto; e inoltre per la varietà e l'uso hanno bisogno d'essere interpretate e riformate: e altresì che vi sono molti casi nell'uso comune, ai quali è stato provveduto dalla redazione già fatta, abbiamo ordinato, vogliamo e ci piace, che dobbiate occuparvi con ogni diligenza alla redazione e riforma di dette

costumanze della nostra città e prevostura di Parigi: e a questo fine far convocare la gente dei tre stati di quella . . . . . affinchè queste costumanze, così redatte, accordate, moderate, accresciute e corrette, come si è detto, vengano pubblicate e registrate negli atti della nostra detta corte di Parlamento e del Castelletto di Parigi; e per l'avvenire da questo momento siano custodite ed osservate come legge e editto perpetuo e irrevocabile (15).» *Lettere patenti dei 10 gennajo* 1580.

I registri di questa riforma furono formati in assemblee tenute alla presenza dei commissarj del Re; e v'assisterono tutti gli uffiziali, avvocati e pratici del Castelletto, illuminati dai commentarj di Dumoulin sull' antica costumanza, approvati e pubblicati nell'assemblea dei tre stati, finalmente portati al parlamento da Mastro Cristoforo de

---

(15) Anche l'Imperatore Adriano diede il nome di *Editto perpetuo* alla compilazione degli editti pretorj, per di lui ordine stata fatta dal celebre giureconsulto Salvio Giuliano. *Edictum perpetuum, jus perpetuum etc.*

Thou, cavaliere, e Giacomo Viola, consigliere a questa corte, commissarj deputati a ciò dal Re, e messi a libro dalla medesima, in presenza del procurator generale del detto signore, al venerdì 27 agosto 1580. » *Estratto dai registri del parlamento alla fine del processo verbale della nuova costumanza.*

Nulla ostante queste precauzioni, la mancanza d'ordine in tutte queste redazioni, l'oscurità di molti articoli occasionavano contestazioni continuamente rinascenti. « La giustizia, dice l'immortale cancelliere d'Aguessau *(a)*, dovrebb'essere tanto uniforme ne' suoi giudizj, quanto la legge lo è nella sua disposizione; e non discendere dalla differenza dei tempi e dei luoghi, ma gloriarsi d'ignorare anche quella tra le persone. » Tale era lo scopo che quel saggio magistrato si proponeva, senza scosse e con regolamenti diligentemente portati, secondo i pareri dei più celebri giureconsulti, sotto il regno di Luigi XV.

(*a*) Preambolo al regolamento sulle donazioni del 1731.

Se fosse stato permesso lo sperare che questo voto ottenesse adempimento, la maniera di riuscirvi era il riportare le nostre costumanze al diritto romano, da cui derivano, e i principj del quale hanno influito sul maggior numero delle redazioni. In quel modo il diritto naturale, svillupato nelle opere dei romani giureconsulti, sarebbe divenuto la base della nuova legge, modificata dalle eccezioni che le circostanze locali avessero suggerito e richiesto (16).

Ma il gran corpo stesso del diritto, malgrado le precauzioni di Giustiniano, per

---

(16) Quest'idea della legge civile è giusta ed eccellente. Le leggi della società, qualunque ne sia l'oggetto, non devono essere in ultima analisi, che l'applicazione ben ragionata delle leggi di natura alle politiche circostanze: *Honestas ipsa naturae*, scrisse Gravina *in orat. de jurispr.*, *scriptis tradita; et communis ratio ad singulas res, personas, eventusque producta.* Quindi Ulpiano aveva saviamente definito il diritto civile: *jus quod neque in totum a naturali, vel gentium jure recedit, nec per omnia ei servit. Itaque cum aliquid addimus, vel detrahimus jure communi, jus proprium idest civile efficimus.* L. 6, t. *de just. et jur.*

renderne sicura, fedele ed esatta la compilazione, è pieno d'oscurità e contraddizioni. La legge di Giustiniano, che proibiva qualunque commentario *(a)*, è stata talmente violata, che più di dieci mille furono i rotoli, dai quali Triboniano e i suoi colleghi dovettero estrarre quell' immensa compilazione, di cui non può trarsi alcun profitto, se non purgandola dal disordine e dalla sterile abbondanza, ond' è mal composta e sfigurata (17).

Questo appunto fu il lavoro che tra noi immaginò il celebre autore delle *Leggi civili*, e che similmente intraprese un giureconsulto che per carattere avea lo spirito d'ordine.

(*a*) *Prima prefazione del digesto*, §. 12.

(17) Appunto per i difetti dall' autore indicati fu necessario infrangersi il divieto, che fece Giustiniano, di commentare la da esso ordinata compilazione, sotto pena di falsità e di soppressione de' libri: *Præf. dig.* §. 21. Vi volle adunque la mano degl' interpreti, li quali poi per esser utili sarebbe stato meglio che fossero stati meno di numero, e non ad altro servito avessero che alla chiarezza, semplicità e conciliazione de' testi.

Fin dal principio della sua legale carriera il signor Doulcet avea disegnato il più vasto piano, che dopo Cujacio nessun giureconsulto abbia mai concepito, e che nel tempo stesso il celebre Pothier in parte eseguiva: con questa differenza che l'autor delle Pandette si è limitato a riunire sotto ogni titolo del digesto tutto ciò che il corpo del diritto comprende in proposito della materia che in quel titolo si tratta: laddove il Doulcet avea intrapresa la rifusione intiera del corpo del diritto, secondo il piano più naturale, più semplice e luminoso, delle *Leggi civili* di Domat: oggetto ch'egli non perdè mai di mira, ad onta del gravissimo incarico che la pubblica fiducia, da lui per tanti titoli meritata, gl'impose.

Ancora giovane fu attaccato da una infermità che nella convalescenza non gli permetteva un assiduo lavoro. Quindi non potendo l'instancabile giureconsulto eseguire il suo gran piano sul corpo del diritto, si ristrinse a ridurlo in pratica sul testo della costumanza di Parigi, decomponendone gli articoli per trarne i principj generali che vi sono rinchiusi o che ne derivano, e

riportando il tutto per quanto era possibile al piano indicato dal Domat.

Come amico mio e mia guida nella carriera del foro, egli mi comunicò uno sbozzo che avea disegnato; e questo ho io fedelmente seguito nella prima edizione del presente libro.

Se infruttuoso non è il mio lavoro, la gloria ne diasi a quegli che il primo ne concepì l'idea. A me non appartiene che l'ordine posto da me colla maggiore attenzione nella redazione dei materiali raccolti dal sig. Doulcet sopra ciascun titolo; siccome a me spettano le note inscrite nella sua compilazione, e i preamboli ai titoli e alle sezioni da me apposti, quando gli ho creduti necessarj a stabilire quella concatenazione di principj che derivano dal diritto naturale, e dei quali l'applicazione e lo sviluppo formano la legge positiva.

Avvenimenti da tutta l'umana sapienza impossibili a prevedersi in pochi anni han cangiato l'aspetto delle cose; e Dio, che dal male sa trarre il bene, ci riconduce per mezzo al caos dell'anarchia alla presente uniformità di leggi, voto unanime della sana

parte della nazione, benchè continuamente dai privati interessi in contrario senso molestata (18).

Ed ecco ciò che mi rimane ad esporre, dopo che mi sarò per pochi istanti fermato sopra una parte delle *regole comuni a tutto il diritto*, e specialmente (per servirmi del termini del nuovo Codice) *sopra la pubblicazione, gli effetti e l' applicazione delle leggi in generale.*

---

(18) *Allorchè in uno stato*, dice il filosofo de Sans-Souci, *le leggi non sono di un corpo solo, essendo l' opera di diversi legislatori, che non potevano travagliare sul medesimo piano, devono esse necessariamente mancare di quell' unità così essenziale e così necessaria a tutti gli oggetti d' importanza.* Sotto il primo consolato di Bonaparte, ora Napoleone I Imperatore e Re, doveva il popolo francese sollevarsi a più felici destini, e nell' universalità ed uniformità di una civile legislazione data da quell' Eroe, grande egualmente nelle guerriere intraprese, che nelle istituzioni di pace, riconoscere il principale fondamento dell' ordine pubblico, e così ancora della pubblica felicità. — *Ille salubrem justitiam, legesque* . . . . . Horat. *in art. poet.*

TITOLO PRIMO.

Delle regole comuni a tutto il diritto.

È viziosa ogni legge che non abbia in mira unica il mantenimento della pubblica tranquillità, della libertà contenuta dai regolamenti che proteggono l'ordine sociale, e della proprietà acquistata per mezzo di un titolo o per legittimo possesso.

Dunque la felicità delle persone sottomesse alla legge è l'immediato oggetto del diritto privato, come del pubblico diritto: i beni, dei quali la legge assicura la proprietà alle persone, sono l'oggetto suo secondario (19).

In questo aspetto, le leggi dividonsi in tre classi: quelle che regolano lo stato degli uomini ed assicurano l'esecuzione delle

---

(19) Questa definizione non è giusta. La felicità delle persone sottomesse alla legge è l'oggetto finale di ogni legge, qualunque ne sia la specie: *Constat profecto ad salutem civium, civitatumque incolumitatem, vitamque hominum quietam et beatam conditas esse leges. Cic. de legib. lib.* 2. I beni, de' quali

loro convenzioni: quelle che regolano la trasmissione dei beni della generazione presente alla futura, per mezzo di successioni e testamenti: finalmente quelle che hanno per oggetto le azioni, le esecuzioni; che è quanto dire l'esercizio di quella forza pubblica che le leggi danno ai depositarj dell' autorità per invigilare alla loro osservanza, e nel tempo stesso danno i mezzi per esigerla.

Questa distinzione conduce alla decisione di una delle più intralciate questioni del diritto francese ai tempi del miscuglio informe delle nuove leggi: voglio dire delle questioni relative alla distinzione degli *statuti reali e personali*, difficoltà appianate adesso dall'uniformità della nuova legislazione, ma non intieramente levate, mentre rinascono tra il cittadino e l'estero, mo-

---

la legge assicura la proprietà e li modi prescrive per acquistarli, sono un oggetto immediato e primario del diritto civile, siccome le persone: *Omne jus*, così Giustiniano nel §. *ult. inst. de just. et jur.*, *quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.*

mentaneamente abitante nella nostra patria, o viceversa.

Non si parla già delle contestazioni che portano soltanto sulla forma esterna degli atti. Ogni legge avendo forza nel luogo di sua pertinenza, gli atti che si celebrano nel suo territorio sono soggetti alle forme che essa prescrive, ogni qualvolta siano autentici: e se hanno privata sottoscrizione o se la data del giorno e del luogo non sia provata in faccia ai terzi, la legge del domicilio di quello, di cui la disposizione o convenzione è attaccata, decide della validità o nullità dell'atto.

Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fera foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays.

Tout acte de l'état civil des Français en pays étranger, sera valable, s'il a été reçu conformément aux lois françaises, par les agens diplomatiques ou par les commissaires des relations extérieures de la républi-que. Codice civile, tit. II, cap. I, art. 47 e 48.

Le mariage contracte en pays étranger, entre Français, et entre Français et étran-

ger, sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'article 63 des actes de l'état civil, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent. Ibid. tit. V, cap. II, art. 170(20).

---

(20) Gli articoli del Codice che qui riporta l'Autore quasi in dimostrazione delle teorie da esso esposte riguardo alle contestazioni sulla forma esterna degli atti, non mi sembrano applicabili all'oggetto della questione considerata, siccome devesi considerare, sotto due rapporti. Concedo io pure che per la forma esterna degli atti prevale la legge del luogo, ove l'atto sia celebrato, e prevale in maniera, che in nessun altro luogo ove sia prescritta allo stesso atto diversa forma potrebbe impugnarsi. V. Ubero *in prælec. ad Pand. lib.* 1, *tit.* 3 *in append. de conflictu legum num.* 3. Ma gli articoli del Codice riportati dall'Autore sono relativi agli atti dello stato civile. Per questi conviene adottarsi la giustissima eccezione del Codice negli articoli qui riportati, e la ragione della diversità è chiara per se stessa ed evidente. Altri sono gli atti che riguardano lo stato di una persona, che giustificano esclusivamente le sue qualità e li suoi diritti; ed altri sono gli atti che si possono celebrare dalla stessa persona all'oggetto di

Passiamo alla sostanza della convenzione o disposizione.

Quando la legge del domicilio di quegli, del quale la validità del contratto o della disposizione è l' oggetto della contestazione, si trova in contraddizione colla legge, sotto l' impero della quale sono situati i beni,

---

una convenzione, di una disposizione, e ad altri simili. Gli atti dello stato civile, che si celebrano dai Francesi in paese estero, devono essere ricevuti dagli agenti diplomatici, o commissarj delle relazioni estere conformemente alle leggi francesi. Li Francesi in qualunque luogo si trovino per questi atti, che decidono di qualità e diritti personali, sono certamente sottoposti alla legge dell' impero a cui appartengono. Nel matrimonio però entra necessariamente una modificazione della massima. Il matrimonio è certamente una delle principali sorgenti dei diritti civili: ma ciò che riguardo al matrimonio costituisce l' atto civile, si è la pubblicazione che deve precedere giusta le prescrizioni del Codice. È valido adunque il matrimonio, se siasi celebrato giusta le forme usitate nel paese ove si contrae, ma per la sua validità devono pure precedere le pubblicazioni, siccome quelle che appunto costituiscono l' atto civile su questo importante oggetto. Lo stesso ordine ritenuto nel Codice, riguardo al matrimonio ed alle pubblicazioni, dimostra egregiamente questa

quale delle due leggi determinerà la decisione del magistrato?

Regola generale. Esaminate qual è l'oggetto delle due leggi e la natura della causa.

Si tratta dello stato personale dei contraenti, o dello stato di quelli che sono gli autori o l'oggetto delle disposizioni attac-

---

verità. Nel titolo secondo al libro 1 si tratta degli atti dello stato civile, e nello stesso titolo al cap. 3 trattasi degli atti del matrimonio, cioè delle pubblicazioni, laddove la materia del matrimonio è distintamente trattata nel titolo quinto dello stesso libro. Distinguesi adunque la forma del matrimonio, come di un contratto, dalla pubblicazione del medesimo che concerne un atto civile. Per la forma del matrimonio deve osservarsi quella del paese ove si contrae. Per la pubblicazione del matrimonio la legge francese è vegliante per i Francesi, in qualunque luogo sia questo contratto.

Neppure posso convenire coll'Autore sull'ipotesi da esso proposta di un atto avente privata sottoscrizione, o di mancanza di prova in faccia ai terzi sulla data del giorno e del luogo. In tale ipotesi decide certamente la legge del luogo, ove avvien la contesa sulla realtà dello stesso atto: *Optima ratione receptum est, ut in ordinandis judiciis, loci consuetudo, ubi agitur, et si de negotio alibi celebrato, spectetur*. Huber. *loc. cit.*, Sand. *lib.* 1, *tit.* 12, *def.* 5.

cate? Si tratta, per esempio, di sapere se il contraente, il donatore, il testatore erano maggiorenni o minorenni, sottoposti o no a quella paterna podestà ammessa in paesi di diritto scritto (della quale parlerò in altro luogo), che negava ai figli di famiglia il diritto di testare, che legava anche le loro disposizioni tra' vivi, coi diritti che assicurava ai padri sui beni dei loro figli? È chiaro che la legge del domicilio del donatore, contraente o testatore porta con se la validità o la nullità del contratto o della disposizione; perchè leggi simili regolano la persona, e perchè la validità dell'atto è la conseguenza della capacità, che la legge del domicilio ha accordata o negata alla persona (21).

---

(21) Avrei qualche difficoltà di ammettere in tutta la sua estensione la teoria qui esposta dall' Autore. Se trattasi di beni esistenti nel luogo del domicilio del donatore, contraente o testatore, e di qualsivoglia specie di beni mobili, io pure sono persuaso, che la legge del domicilio porta con se la validità o nullità del contratto o della disposizione. Quindi nell' esempio riportato da Ubero, *loc. cit.*, di un giovane della Frisia, il quale aveva fatto testamento in

Non sarebbe così trattandosi di una legge proibitiva della diposizione di certi beni, della quale disposizione l'oggetto fosse il conservarli nella famiglia dell'ultimo possessore. Una legge simile ha bensì in vista

---

Groninga, in un'età legittima secondo le leggi della Frisia, ma non secondo quelle di Groninga, penso che il magistrato civile di Groninga non abbia bene giudicato in avere dichiarato nullo per difetto di età il testamento. Ma quando la donazione, il contratto o testamento fosse riferibile a' beni immobili esistenti in luogo, ove la legge sullo stato personale de' contraenti o testatori è diversa dalla legge del domicilio, non posso coll'Autore convenire per le preferenza della legge del domicilio. Ecco come al nostro proposito ragiona il lodato Ubero *loc. cit. num.* 14. *Fundamentum universae hujus doctrinae esse tenemus subjectionem hominum infra leges cujusque territorii quandiu illic agunt, quae facit, ut actus ab initio validus aut nullus, alibi quoque valere, aut non valere non nequeat. Sed haec ratio non convenit rebus immobilibus, quando illae spectantur non ut dependentes a libera dispositione cujusque patrisfamilias, verum quatenus certae notae lege cujusque reipublicae, ubi sitae sunt, illis impressae reperiuntur; hae notae manent indelebiles in ista republica, quidquid aliarum civitatum leges, aut privatorum dispositiones secus, aut contra statuant.*

il vantaggio della società e de' suoi membri, per esempio, degli eredi del sangue, dei parenti di lignaggio nell'antico diritto francese; ma direttamente porta sui beni, dei quali la proprietà è in contestazione. La legge del domicilio, che permette, non può dunque sottrarre questi beni all'impero della legge proibitiva, appunto come il domicilio non potrebbe togliere al contraente o al testatore la facoltà di disporre di beni situati nelle giurisdizioni di leggi che non ammettessero nessuna proibizione.

Questioni simili sono semplici, ma vi sono delle leggi che presentano ben maggiori difficoltà, perchè l'oggetto loro è men chiaramente determinato: ne porto un esempio.

Nell'antico governo una moglie domiciliata in paese di diritto scritto (22), ove le

---

(22) Il diritto scritto si oppone alla consuetudine: *Constat autem jus nostrum, aut scripto aut sine scripto. Scriptum jus est lex, plebiscitum, senatusconsultum, principum placita, magistratuum edicta. Sine scripto jus venit, quod usus approbavit: nam diuturni mores consensu utentium comprobati, legem imitan-*

disposizioni tra i vivi fra i congiunti in matrimonio sono proibite, ma autorizzate per testamento (25), avea disposto con atto testamentario di tutti i suoi beni in favore del suo marito, quantunque ella avesse

---

tur. V. *Inst. Justin. lib.* 1, *tit.* 2. In molte provincie della Francia l'uso del diritto romano era osservato come statuto, tenendovi luogo di leggi in molte materie; e queste provincie dicevasi, che si reggevano col *jus* scritto: *Pays de droit écrit.* In altre provincie le consuetudini tenevano il primo luogo, ed ivi avevano un'autorità principale; onde dicevansi: *Pays coutumiers.* Vi era però un altro uso del diritto romano, e questo si estendeva a tutte le provincie e comprendeva tutte le materie, e consisteva nell'osservanza, ch'è da per tutto, delle regole della giustizia e dell'equità, che si chiaman *ragion scritta*, perchè sono scritte nel diritto romano. V. Domat, *les lois civils. Trait. des lois, chap.* 13.

(25) L'espressione non è esatta. Il vocabolo di *disposizione* riguarda nell'esattezza del discorso legale gli atti per causa di morte, non mai quelli tra' vivi. Proibisce il diritto scritto le donazioni tra marito e moglie, ma per riconvalidarsi non è necessario che sieno *autorizzate per testamento.* Basta il silenzio della persona donante per confermare questa donazione, sebbene nulla nel suo principio. V. la L. 25, C. *de donat. int. vir. et ux.*

una parte de' suoi beni nella giurisdizione della costumanza di Parigi, che proibisce senza distinzione questi vantaggi. In questo caso, quale doveva essere l'effetto del testamento quanto ai beni posti nella suddetta giurisdizione?

Tale quistione fu presentata alla gran camera del parlamento di Parigi nel 1768 tra il signor di Regusse, presidente del parlamento d'Aix, erede istituito e legatario universale della signora Bonardi, sua sposa, e il signor Bonardi, già maestro de' conti, ch'io difendeva. Io sosteneva che la disposizione era nulla quanto ai beni situati nella giurisdizione della costumanza di Parigi: e così fu giudicato.

E come? mi si opponeva: il matrimonio non costituisce dunque lo stato della persona? — Ne convengo; ma non si tratta dello stato di madama Regusse: il diritto ch'essa ha di disporre de' suoi beni è ciò che esaminiamo. Si osservi sopra quale motivo è appoggiata la proibizione delle leggi romane e quella della nostra costumanza: questo motivo è il timore dell'ascendente dei congiunti, l'uno sull'altro. *Ne melior*

in paupertatem incideret, deterior ditior fieret. L. 3, dig. *de don. inter. vir. et ux.* Ciò che la legge romana temeva nelle donazioni tra' vivi, cioè che la santità del matrimonio non fosse profanata da un vile interesse e che la concordia de' maritati non fosse compra con danaro: *Ne concordia pretio conciliari videretur* (ibid.). Ha pensato la nostra costumanza di estenderlo anche alle disposizioni testamentarie, più facili ad ottenersi colla seduzione o coll'autorità, che non le donazioni tra' vivi. Come lasciar sussistere entro la giurisdizione della legge municipale una disposizione ch' essa considera come l' effetto della volontà del legatario o dell'erede, non del testatore (24)?

---

(24) L' Autore nella causa da esso sostetnua avea ben la ragione per il suo cliente, ma non per gli argomenti da esso addotti. E primieramente non trattavasi di estendere una legge limitata letteralmente alle donazioni fra' vivi, per l' identità della ragione alle disposizioni per causa di morte, ma di un fatto certo che la consuetudine di una provincia, ov' esisteva una parte de' beni della testatrice, proibiva anche le donazioni per causa di morte tra il marito e la moglie. Quindi li beni in quella provincia esistenti

Ponete lo stesso caso tra un francese e un estero, tra una legge proibitiva che regoli i beni dell' uno e una legge che permetta il regolar quei dell'altro, le leggi per esempio fideicommissarie, limitate al dì d'oggi in Francia al primo grado, e saggiamente al certo, perchè altrimenti sono un semenzajo di liti, ma pure autorizzate nella Spagna, in Italia, in Germania, in quasi tutti gli Stati di Europa: e voi avrete lo stesso motivo di decisione.

Ed è ciò appunto, che il nuovo Codice

---

non potevano da altra legge essere diretti che dalla consuetudine, la quale nella medesima provincia aveva forza di legge. (V. la nota superiore 21). Del resto non sono persuaso che nelle disposizioni *mortis causa* si possano valutare que' motivi, per cui scorgonsi proibite tra marito e moglie le donazioni *inter vivos*. I motivi possono bensì verificarsi in una donazione irrevocabile, per la quale l'uno de' conjugi diventa ricco con la povertà dell' altro, e si vede procurata col valore numerario la concordia del matrimonio, ma non si potrà mai dire che sieno verificabili con quelle *mortis causa*, le quali non hanno effetto, che dopo la morte del conjuge donatore, e sono sempre per la di lui volontà ritrattabili.

dei Francesi chiarissimamente spiega, tit. preliminare, art. 3.

Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidans en pays étrangers (25).

Dominio eminente della legge viene ciò chiamato dal giureconsulto incaricato della spiegazione di questo titolo al Corpo Legislativo: non già che il legislatore riconosca una doppia proprietà degli stessi beni, quale esisteva tra noi sotto il governo feudale, tra la *proprietá diretta* del signor del feudo e la *proprietà utile* del vassalo o censitario, ma come l'osservava Dumoulin sul §. 6

---

(25) Anche quest'articolo riceve una modificazione dall' articolo precedente, cioè che le leggi concernenti lo stato e la capacità delle persone regolano i Francesi sebbene residenti in paesi esteri, quando però non si tratti di un atto, di un contratto, o di una disposizione relativa a' beni immobili esistenti in un territorio, ove la legge sullo stato e sulla capapacità delle persone sia differente.

dell'antica costumanza di Parigi, glosa 6.
« V'erano (sotto il governo feudale istesso)
» molti luoghi che non avevano la qualità
» di *dominio diretto* del Re, nè d'alcun
» signore: ma non v'era nessun luogo, pro-
» fano od anche sacro, che non fosse sotto
» la giurisdizione del legislatore universale. »
Fidelitas supremo Regi nostro non solum debita est ut domino feudali, sed multo magis ut Regi: multa enim sunt feuda non dependentia a Rege, sed ab alaudiis, quæ a nullo moventur: sed nullus est locus, ne sacer quidem, qui non subsit supremæ jurisdictioni et majestati regiæ. Massima evidente in ogni specie di governo.

La legge protegge le proprietà dell'individuo: ella sarebbe impotente, se il cittadino che gode del beneficio non si sottomettesse ai carichi ch'essa gli impone per l'interesse comune.

« È dunque dell'essenza delle cose, che gl'immobili, i quali tutti insieme formano il territorio pubblico di un popolo, siano esclusivamente regolati dalle leggi di quel popolo, quantunque una parte di questi immobili possa essere posseduta da esteri?

siccome pure è dell'essenza delle cose, che nessuna persona abitante nel territorio della repubblica non possa sottrarsi alla vigilanza e all'autorità della legge. » *Primo discorso del consigliere di stato* Portalis (26).

---

(26) Con buona pace del sig. Portalis piacemi dire, che il discorso è giusto, ma non è abbastanza esatto coll'essersi voluto derivare dall'idea del *dominio eminente*. La società riguardo ai terreni ha il dominio eminente ed ha l'impero. Il diritto, che appartiene alla società, e per essa al Sovrano, di disporre nel caso di necessità, o di salute pubblica, de' beni esistenti nello stato, è quello che propriamente chiamasi *dominio eminente*. Il diritto poi di stabilire esclusivamente le leggi sul possesso, sulla proprietà, su i moltiplici usi de' beni esistenti nello stato, e su i diversi mezzi di acquistare, di perdere, di alienare e di trasmettere in altri il possesso, la proprietà ed altre reali ragioni, non può non essere la conseguenza dell'*impero* inerente alla sovranità su tutti i beni pubblici, comuni e particolari: *Outre le domain éminent, la souveraineté donne un droit d'une autre nature sur tous les biens publics, communs et particuliers; c'est l'empire, ou le droit de commander dans tous les lieux du pays qui appartient à la nation*. Vattel, *le droit des gens*, liv. 1, ch. 20, §. 244, 245.

SEZIONE PRIMA.

Dell' autorità delle leggi.

Far che ad ognuno si dia ciò che gli è dovuto, egli è il carattere della giustizia umana, che suppone l' esistenza e il mantenimento delle proprietà (27).

Vi sono delle leggi immutabili, alle quali il Sovrano non potrebbe attentare senza pregiudicare ai fondamenti della sua potenza (28); ma le leggi positive sono soggette ai cangiamenti che le circostanze e il pubblico bene esigono (29), imperciocchè il go-

(27) *Juris praecepta sunt hæc: honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere,* così Giutiniano nelle *Instit. tit.* 1, §. 3.

(28) *Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peræque custoditur: vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur.* L. 9, t. *de just. et jur.*

(29) È però necessario, che il legislatore abbia sempre presente a se stesso il pesato avvertimento del giureconsulto Ulpiano: *In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu aequum visum est.* L. 2, t. *de const. princ.*

vernare e dar leggi, ed aver la forza necessaria per farle eseguire.

La volontà istantanea di colui, che governa, è il carattere del dispotismo di fatto (30): il diritto di governare con tali volontà è il dispotismo di costituzione (31).

Questo non accade nei governi moderati. Quand'anche il monarca riunisse tutta l'autorità, quando non v'è chi possa resistere alla sua potenza, le forme legali stabilite dall'antico possesso assicurano la libertà e la pubblica tranquillità.

---

(30) *Quod principi placet legis habet vigorem*. L. 1 d. *dot*. Ecco una massima del diritto romano, la quale nacque nel dispotismo de' romani Imperatori. Osservo però, che l'avveduto giureconsulto non disse, che il *Placitum* del principe sia una legge, ma soltanto, che ha forza di legge. Si può vedere nella L. 1 e 2 *de Leg. etc.* l'idea luminosa, che della legge ci danno due giureconsulti coetanei di Ulpiano.

(31) Direi piuttosto: *è la mancanza della costituzione*. È così unita l'idea di una costituzione, ossia delle leggi fondamentali dello stato all'idea di un governo moderato, che non si può concepire l'idea del dispotismo senza distruggere quella della costituzione.

Un uomo solo non potendo riempiere tutte le funzioni annesse alla sovranità, in ogni governo il sovrano è obbligato a confidare una parte della sua autorità ai magistrati incaricati d'invigilare alla esecuzione delle leggi: queste devono dunque essere pubblicate, affinchè l'individuo obbligato a sottoporvisi e il magistrato che deve farle eseguire ne abbiano la cognizione: dal che risulta la necessità del deposito delle leggi in registri pubblici, affinchè tanto il giudice, quanto le parti possano andar colà e consultare.

Gli archivj della corona, che seguivano la persona dei nostri Re fino al campo e nelle armate, furono i primi depositi delle nostre leggi; ma essendosene impadroniti gl'Inglesi presso il villaggio di Belleforge, nel territorio di Blois (1194), S. Luigi fissò per essi un posto nel suo palazzo, e assegnò degli uffiziali che vegliassero alla loro conservazione. Tale è stata l'origine della camera dei conti, incaricata da molti antichi nostri ordini di spedire le leggi al parlamento di Parigi, per mezzo di una porzione del suo consiglio, che poscia Fi-

lippo il Bello fermò nella capitale, per rendere la giustizia ai suoi sudditi. (*Vedi la Raccolta degli Ordini del Louvre, tom. 2*).

A quell'epoca stessa i registri del parlamento presero una forma regolare. Qualche volta i nostri Re si recavano in persona al parlamento, per raccoglier-vi essi stessi i pareri di quella parte del loro consiglio, alla quale avevano commessa l'amministrazione della giustizia. In questi casi ordinavano e facevano pubblicare e registrare a un tempo stesso la legge in presenza loro. (*Ordini del Louvre*). Ma per lo più si contentavano di mandare al parlamento le leggi deliberate nel loro consiglio, per essere colà pubblicate e registrate.

Allorchè il gran consiglio fu separato dal consigilo del Re, per opera di Carlo VIII e Lodovico XII (secondando il voto degli Stati Generali di Tours nel 1484), per giudicare le cause che i Re a se stessi riserbavano, giusta un caso antico al pari della monarchia *(a)*, i registri del gran consiglio divennero il deposito delle leggi

(a) *Vedi le formole di Malculfo, lib. 1, n. 25.*

relative alle sue attribuzioni. Così fu successivamente dei registri dell'altre corti sovrane nelle materie di loro competenza, e di quelli ancora dei baliaggi e siniscalcherie, a cui i nostri Re indirizzavano immediatamente le leggi prese nel loro consiglio. (*Vedi le lettere patenti di Luigi XII*, 21 *genn.* 1510, *per la redazione delle costumanze*).

Ma i parlamenti e le altre corti sovrane conservarono l'augusta prerogativa d'essere il consiglio del Monarca, di portare appiè del trono le loro umili rimostranze sopra gl'inconvenienti che credettero scoprire nelle nuove leggi. Quand'esse sottomisero le loro opinioni alla regia autorità, comunemente inserirono nel registrare questa clusola *per espressissimo comando del Re*, riservandosi di presentare in ogni tempo agli occhi del Sovrano gl'inconvenienti che l'esperienza avesse fatto scoprire nella nuova legge: senza peraltro che l'esecuzione di questa potesse venir sospesa da nessun'altra autorità, che da quella da cui era emanata. (*Pasquier nelle sue Ricerche*, *lib. II*, *cap. V*).

Questi principj, conformi alla natura del

governo monarchico e alla qualità di consiglio del Monarca stesso, la quale appartiene essenzialmente ai magistrati depositarj della suprema autorità, sono antichi quanto la monarchia. Abbiam creduto necessario il far conoscere in poche parole i cangiamenti sopravvenuti poi nelle forme. Le leggi non erano più mandate ai giudici inferiori dal Monarca stesso, ma dalle corti depositarie della sua autorità: questo era l'unico cangiamento che dopo tre secoli la forma del registrare e pubblicare le leggi avesse subito.

Da questa diversità di leggi e di costumanze che reggevano le differenti provincie dello stesso impero, nelle quali le decisioni particolari non si estendevano sempre a tutte le materie sottoposte alla decisione dei magistrati, risultava una quistione, che entra naturalmente nell' oggetto di questa sezione, benchè quanto al proprio di lei oggetto essa non abbia più luogo per l' avvenire.

Il diritto romano fu la base del nostro diritto francese; ma gli usi dei grandi feudi e quelli pure di diverse signorie aveano modificato la legge romana ed introdotto in alcune materie dei principj ignoti al di-

ritto romano. Nel silenzio delle nostre costumanze quale doveva essere la regola del magistrato per decidere (32)? imperciocchè per lui il silenzio o l'oscurità della legge non è un motivo di sospender l'ordine della giustizia: il nuovo Codice lo dice precisamente al tit. preliminare, art. 1, n. 4.

Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence et de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de deni de justice.

---

(32) L'ingrandimento e la moltiplicità dei feudi avevano senza dubbio introdotto nella Francia una dipendenza piuttosto feudale che politica. Essendo incognito il sistema feudale ai Romani, le loro leggi non potevano certamente essere al medesimo applicabili, e dovettero perciò soggiacere a quasi infinite rivoluzioni. È celebre presso i giureconsulti francesi la regola — *autre chose est le fief, autre chose est la justice* — regola, su cui si può vedere come ragioni Montesquieu, *op. cit. lib.* 28, *cap.* 27. Nulla di meno sull'autorità di Molineo *ad consuet. Paris tit. des fiefs, num.* 106 si può benissimo sostenere, che nel silenzio delle costumanze feudali si ricorresse per la decisione ai grandi e generali principj dell' equità scritti nel diritto romano.

E questa decisione è d'ogni tempo, d'ogni luogo. Siccome il giudice dovrebbe essere ripreso, se usurpasse la podestà legislativa, così non sarebbe men contrario al generale interesse il ridurlo all' uffizio di una macchina applicatrice della legge. Sarebbe viziosa quella legge stessa, la quale non contenta di disegnare e fissare a gran tratti i diritti e i doveri dell' uomo e del cittadino, entrasse in minuti dettaglj, sorgenti sempre d' eterne liti.

« La giustizia (dice il celebre oratore incaricato della spiegazione di questa parte del nuovo Codice) è il primo debito della sovranità: e i tribunali sonosi stabiliti per pagar questo debito.

» Ma i tribunali non riempirebbero l'oggetto del destin loro, se sotto pretesto del silenzio, dell' oscurità o della insufficienza della legge ricusassero di giudicare. Vi furono giudici prima che vi fossero leggi . . . In ogni tempo si è detto che l' equità supplisce alle leggi . . . L' equità, nei magistrati, è il colpo d' occhio di una ragione esercitata dall' osservazione e diretta dall' esperienza . . . L' equità, sotto un altro aspetto, può definirsi un

rimontare alla legge naturale, nel silenzio, ocurità o insufficienza delle leggi positive. Questa equità è il vero supplimento alla legislazione (33). »

Torniam ora alla questione proposta. Nella confusione e in mezzo alla lotta che ogni momento si presentava nell'antica nostra legislazione, qual legge dovea guidare la decisione del magistrato?

Esaminate, dicevano, se l'oggetto della contestazione appartiene al diritto delle costumanze, ovvero ai principj d'equità naturale, sviluppati dalle leggi romane. Se la materia è puramente di diritto di costumanza, ricordatevi che le nostre costumanze sono usi stabiliti dal possesso, e che il mi-

---

(33) L'equità, secondo Grozio, ha un moltiplice significato: *Aequitas aut aequum de omni interdum jure dicitur, ut cum jurisprudentia ars boni et aequi dici solet: interdum de jure naturali absolute, ut, cum Cicero ait, jus legibus moribus et aequitate constare; alias vero de hisce rebus, quas lex non exacte definit, sed arbitrio viri boni permittit: proprie vero et singulariter aequitas est virtus voluntatis, correctrix ejus in quo lex propter universalitatem deficit.* V. Grot. *de aequit. cap.* 1.

glior commento di una costumanza è l'uso della provincia e la disposizione nelle costumanze vicine quando hanno lo stesso spirito. Se vi mancano questi mezzi per discoprire il voto o il senso della legge municipale, ricorrete alle disposizioni della costumanza di Parigi, la quale, secondo l'espressione di Dumoulin (a), *è la costumanza capitale, destinata a supplire al silenzio di tutte le altre.*

Mostriamo nel terminare questa sezione, e nel proseguire dell'altra, i principj fondamentali di sopra esposti, e alcuni altri che derivano dalla ragione, e son consacrati dagli ordini dei nostri Re e dalla costumanza della capitale, della quale abbiamo fatto conoscere l'autenticità.

Passeremo in seguito ai cangiamenti di forma accaduti nella nostra legislazione, e ai motivi che hanno reso necessarj tai cangiamenti.

(a) *Consuetudo Parisiensium est caput omnium hujus regni, et totius etiam Belgicae Galliae consuetudinum.* Dumoulin, sopra la costumanza di Parigi, tit. dei Feudi, *in praefatione* n. 9.

I.

La giustizia è la virtù principale, per cui regnano i Sovrani.

Siccome noi abbiamo sempre desiderato di reggere e governare i nostri sudditi con buona e vera giustizia, e questa osservare e fare osservare e mantenere in tutto il nostro regno *come la principale virtù, per la quale regnano i Re, e senza la quale tutti i regni e monarchie e comunità pubbliche non possono sussistere.* Lettere patenti di Luigi XII, 21 genn. 1510.

I I.

Le leggi devono essere pubblicate coll'autorità del Sovrano per obbligare alla loro esecuzione.

Vogliamo e ordiniamo che tutte le costumanze che sono state vedute e visitate da voi o altri commissarj, da noi o dal nostro detto signore e cugino, stabiliti sul fatto delle dette costumanze, e così pure le altre che saranno in seguito da voi vedute e visitate, *siano pubblicate da voi o da quelli che saranno da voi eletti e scelti.* Ibid.

III.

Autorità confidata al parlamento e alle altre corti sovrane, nelle materie di loro competenza.

Affinchè, se i detti stati o la loro maggior parte avessero qualche discordia o differenza che non potessero allora terminare, siano portate dinanzi alle dette genti della nostra corte di parlamento, perchè venga ordinato, come di ragione, da loro, voi presenti o chiamati. *Ibid.*

N. B. Ciò riguarda particolarmente le contestazioni che sopravvengono nella pubblicazione della legge; ma il diritto di rimostranza n'è la necessaria conseguenza.

IV.

Pubblicazione delle leggi e sua forma.

Facciamo sapere che desiderando noi, che le dette costumanze, per il bene e sollievo dei nostri sudditi, siano pubblicate e registrate, per essere in avvenire inviolabilmente osservate, comandiamo a voi o a due di voi, che vi trasportiate nel luogo e sede

principale della detta prevostura . . . . *Let-tere patenti del* 21 *gennajo* 1510.

Affinchè le dette costumanze così redatte, accordate, moderate, aumentate o corrette, come si è detto, *siano pubblicate e registrate negli uffizj* (greffes) *della nostra detta corte di Parlamento e del Castelletto di Parigi*, e quind' innanzi osservate ed eseguite come legge e editto perpetuo e irrevocabile. . . . *Lettere patenti di Enrico III*, 15 *dicembre* 1579.

V.

La costumanza di Parigi, legge in tutti i punti che non sono decisi dalle altre circostanze.

. . . . . Le costumanze della nostra buona città di Parigi, *sull' esempio della quale le altre si regolano e si conducono.* Lettere patenti, 15 dicembre 1579.

SEZIONE II.

Principj generali tratti dalle disposizioni della costumanza e dal nuovo Codice dei Francesi.

Il corpo del diritto contiene un titolo sulle regole del diritto, il quale non è altro che la raccolta delle conseguenze di questa sola regola della legge naturale: *fa agli altri tutto il bene che è in poter tuo senza nuocere a te stesso*, applicata ai diversi oggetti del diritto civile.

Le disposizioni particolari delle nostre costumanze sono poco suscettibili di questo titolo: eppure la legge municipale sarebbe ingiusta, se queste verità non fossero la base delle sue decisioni.

Ne citerò alcuni esempj che riguardano le distinzioni delle proprietà e la costituzione delle società. Li prenderò indistintamente e nelle leggi abrogate, come la feudalità, le divisioni disuguali della gleba feudale ec. ec., e in quelle che non sono abrogate, perchè essendo questi esempj fon-

dati sulla natura, sono indipendenti dai vizj intrinseci delle disposizioni alle quali essi vengono applicati.

I.

Ognuno è libero di disporre del suo, come giudica a proposito, se la legge o qualche titolo non limitano il suo potere (34).

Chiunque ha il terreno.... può edificare sopra e sotto, e farvi pozzi, comodità e altre cose, se non v'è titolo in contrario, art. 187 (35).

---

(34) Il diritto di disporre è inseparabile dall'idea della proprietà. Perciò nelle costituzioni era definita la proprietà, il diritto di godere e disporre de' suoi beni: *Paterfamilias uti legassit de pecunia, tutelave suae rei, ita jus esto*, così nelle LL. delle dodici Tavole.

(35) Vi è un diritto presuntivo di libertà inerente ad ogni terreno, edificio ec. Perciò l'azione così detta *negatoria* di servitù trasferisce nell'avversario il peso di provare il contrario.

I I.

Ognuno può rinunciare a un diritto stabilito in favor suo (36).

Il vassallo che ha prestato fede, omaggio e offerte ... può dare la sua numerazione quando più gli piace, *e non è tenuto aspettare li quaranta giorni, nè il ricevimento di fede*, art. 55 (37).

---

(36) *Unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt.* V. la L. 41, D. *de minor.*, e la L. 29, C. *de pac.*

(37) La glosa al *cap. ultim. X de reg. jur.* non fa alcuna differenza tra l'omaggio e la fede: *Hommagium, idest sacramentum fidelitatis.* Si può dire, che il giuramento di fedeltà sia la causa e l'omaggio l'effetto. Per il giuramento di fedeltà il vassallo diventa come l'uomo del suo signore che lo riceve: *Hommagium quasi hominium.* Due specie di omaggio si distinguevano, l'uno *semplice* e l'altro *ligio* Con questa seconda specie di omaggio il vassallo si legava più strettamente al suo signore: *Ligius, idest ligatus domino suo*, ed era obbligato a servire al signore verso tutti e contro tutti senz' alcuna eccezione. Perciò i feudi ligj in Francia erano quelli soltanto che partivano immediatamente dalla

Chi non vuol essere erede può non accettare di esserlo, art. 316 (38).

---

corona: *Solus Rex habet vassallos ligios, et illi soli debetur fidelitas ligia in suo regno*. V. Dumoulin *sur la coutume de Paris*, §. 1, *n*. 8. Era poi al vassallo assegnato il termine di quaranta giorni a riconoscere che il feudo appartiene al signore, al quale esso presentava l' atto di ricognizione, e quest' atto dicevasi propriamente *aveu*. Doveva inoltre il vassallo dentro il medesimo termine presentare al signore una descrizione esatta e dettagliata di tutto ciò ch'egli teneva a feudo da lui, indicando la natura e la qualità dei diritti e delle rendite attaccate al feudo, la quantità e la qualità delle terre ch' egli possiede: ecco la vera idea del vocabolo *dénombrement*. Essendo poi la dilazione di quaranta giorni accordata al medesimo vassallo, ed in lui favore, perciò dice l' Autore che anche prima del termine si potevano verificare gli atti sopra indicati.

(38) *Is potest repudiare, qui adquirere potest*. L. 18, D. *de adquir. vel omit. hered.*

III.

Chi ritrae un profitto deve sopportare i carichi (39).

Se nel recinto della porzione (detta *preciput* (40)) del primogenito vi è molino, forno o torchio, il corpo del detto molino, forno o torchio appartiene al primogenito; ma il profitto sarà diviso come il rimanente del feudo: *e sono tenuti i cadetti di contribuire alle spese di chi macina, soppressa o travaglia al detto molino, corpo di forno e torchio e utensili loro, per la parte che i cadetti vi prendono*, art. 14.

---

(39) *Aequum est, ut cujus participavit lucrum, participet et damnum*. L. 55, D. *pro soc. secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda*. L. 10, D. *de reg. jur.*

(40) *Preciput* è una quantità determinata dalla legge o dalla convenzione, che si prededuce dai beni di cui deve farsi la divisione, *praecipuum jus*. Giusta le costumanze della Francia il primogenito aveva una porzione privativa de' beni di famiglia de' suoi genitori, oltre la parte che gli apparteneva nell'eguale divisione coi fratelli *cadetti*.

Gli eredi di un defunto in grado eguale, tanto di mobili come d'immobili, sono tenuti personalmente di pagare ed estinguere i debiti della successione, ognuno per la porzione di cui è erede, art. 332 (41).

E quando essi succedono, gli uni ai mobili, acquisti e guadagni, gli altri ai beni proprj, o che sono donatarj o legatarj universali, sono tenuti fra loro di contribuire al pagamento dei debiti, ognuno per quella parte e porzione che corrisponde alla sua eredità, art. 334 (42).

---

(41) Era questa una massima dell' antico diritto delle dodici Tavole: *Nomina inter heredes pro portionibus hereditariis ercta cita sunto*, cioè *omnes obligationes et actiones ipso jure inter coheredes pro portionibus hereditariis ita sint divisa ut nonnisi pro rata alios convenire, aut possint ab aliis conveniri*. V. Gottofr. *Frag*. 12, *Tab*. 5.

(42) Giusta i principj del diritto romano, il solo erede che succedendo *in jus universum defuncti* esclusivamente lo rappresenta, poteva essere convenuto per il pagamento dai creditori ereditarj. Il titolo speciale di donazione o di legato non poteva dare questo carattere rappresentativo al donatario o legatario, sebbene *universale*. L' effetto era però lo

I V.

Qualunque ordine di giustizia deve essere significato alla parte che è tenuta di ubbidirvi.

..... E terminato il processo, il vassallo è tenuto a fare e prestar fede, *quaranta giorni dopo la significazione a lui fatta della sentenza o arresto art.* 60.

..... Per significazione fatta al vassallo, alla sua persona o al luogo del feudo, se v'è abitazione, o al procuratore del detto vassallo, se v'è luogo. *Ibid.*

---

stesso, perchè l' erede dai beni donati o legati aveva il diritto di detrarre quanto importasse il pagamento dei debiti ereditarj: *Bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno.* Il diritto consuetudinario di molte provincie della Germania singolarmente e della Francia ha modificato questi rigorosi principj, permettendo ai creditori di convenire il donatario o legatario universale al pagamento del debito corrispondente alla quota de' beni donati o legati. V. Groenewegen *de legib. abrog. dig. lib.* 39, *tit.* 5.

V.

Forma delle pubblicazioni degli ordini di giustizia che riguardano il pubblico.

..... Pubblicazione generale alla predica della chiesa parrocchiale, e far registrare all'uffizio (*greffe*) della giustizia del luogo, art. 30.

..... Pubblicazione a suono di tromba e di grida pubblica, per tre giorni di domenica e di mercato, se v'è mercato; se no, alla predica della chiesa parrocchiale del detto luogo, in giorno di domenica o altro giorno solenne, art. 66.

..... Nei luoghi usitati a far le gride e le proclamazioni, dinanzi la porta principale della chiesa parrocchiale: e mettere affissi e tavolette alla porta della detta chiesa, art. 344 e 347.

N. B. Queste pubblicazioni alle prediche delle chiese di oggetti che concernono la giurisdizione secolare non erano più in uso sotto l'antica forma di governo. Esse erano risorte per un momento nei tempi funesti della confusione, dei quali io non posso dispensarmi dal dare una leggera idea: poco si stette allora a strascinare anche quell'uso colle altre cose del culto negli abissi dell'anarchia,

Della ruggine delle nostre antiche istituzioni, della necessità di una riforma e del nuovo Codice civile.

Se voi eccettuate il miscuglio disordinato delle leggi particolari, colle quali si reggevano le provincie dell'impero francese, disordine che risulta dai diversi titoli della loro riunione ai dominj dei nostri Re, è bellissima la generale economia e l'insieme della nostra antica costituzione non iscritta altrove nè altrimenti, che nei monumenti della nostra storia, sin dall'epoca dell'indebolimento di quel governo feudale che tutto avea smembrato sotto i discendenti di Carlo Magno, epoca fertile di saggi ordini, resi in gran parte dal voto della nazione radunata in stati generali, anche nei tempi i più burrascosi, che il giudizioso Mezerai nomina perciò *l'epoca delle grandi polizie.*

Tutto è stato preveduto sino a quegl'incontri di ruote per cui fermasi o si disordina il regolato moto in una macchina immensa, composta d'individui liberi, mossi da privati interessi, troppo spesso in opposizione coll'interesse generale.

Ciò nonostante i vestigi non interamente scancellati di quel governo feudale, cagione della caduta della seconda dinastìa (43), i sistemi allettanti colla seducente novità e col prestigio di una indipendenza assoluta che nasconde una vera servitù: il troppo vantato esempio di una costituzione vicina, più libera della nostra in apparenza, il deismo, l' indolente scetticismo con cui si maschera l'ateismo: mille differenti sette riunite per distruggere nello spirito dei popoli la santa morale della vera religione: tutto ciò sordamente andava minando l'edifizio innalzato dalla mano del tempo, da cui erano stati eseguiti i decreti di quella provvidenza che è inaccessibile all'umana ragione, che lascia ai sistemi distruttivi una momentanea forza, affine di far poscia risorgere con più splendore la santa religione da lei fondata, e richiamare gli uomini ai principj eterni di sociabilità da lei scolpiti nei loro cuori.

Tra mille cagioni di dissoluzione dee contarsi l'esservi stato dei magistrati probi e

---

(43) V. Montesq. *op. cit. lib.* 3, *cap.* 32.

illuminati in possesso di una fama giustamente meritata dai loro servigi, i quali da alcuni secoli si sono autorizzati a pubblicare, sopra questioni non prevedute dalle leggi formali, dei regolamenti provvisorj, i quali hanno acquistato forza di legge e la conservano, sinchè il Sovrano non dispone in contrario; ma non esitano poi a trasformare i loro consigli in opposizione, e allora tutta la marcia del governo rimane inceppata.

Luigi XVI, cedendo al voto della nazione, convoca, secondo l'antica forma, gli stati generali, che da 174 non erano stati tenuti.

La maggioranza delle istruzioni reclama ed esige che il poter legislativo venga attribuito alla nazione sovrana, dicon essi, di cui è imprescrittibile il diritto; imperciocchè è proprio della natura d'ogni società, che ogni suo potere risieda nella maggioranza dei membri che la compongono, i quali lo esercitano sugli stessi loro mandatarj.

Da quel momento le assemblee, costituente, legislativa, convenzionale, si rove-

scian l' una sull' altra: l' una abbatte ciò che l' altra ha innalzato: crescon le leggi come le passioni e gl' interessi privati di quelli che hanno preso un utile e funesto ascendente su gli altri, secondo l' estensione del loro intendimento e la purità delle loro mire. Un vano filosofare regna soprattutto nelle deliberazioni: si profanano i tempj: la religione, freno sì necessario all' umana debolezza per rattenere gli sforzi della concupiscenza, madre di tutti i vizj, ogni qualvolta il colpevole crede potersi sottrarre agli sguardi della giustizia: la religione, dissi, è proscritta, come un attentato alla libertà, all' eguaglianza, talismano che non manca mai di sedurre e trascinare la moltitudine: tutte le corporazioni, tutti gli stabilimenti pubblici sono distrutti: la morte sorvola sopra tutte le teste. Dimentichiamo, se è possibile, quelle orribili calamità.

Le potenze rivali della Francia, rinnovando antiche pretensioni, in aria di volerla soccorrere, si propongono di smembrarla.

Più non veggonsi que' prodi cavalieri d'un tempo, che dal seno della feudale anarchia, facendo tregua alle private lor guerre, vola-

vano in ajuto della patria minacciata. Le stragi, gl'incendj costringono gli uni a fuggire dal patrio suolo già vicino a divorarli: forzano gli altri a disperdersi come naufraghi battuti dalla tempesta, sparsi per un immenso mare sconvolto; ma l'amor della patria, pur troppe volte straviato, non è spento in tutti i cuori: in ogni condizione sorge una razza d'eroi, e il valor francese nulla perde dell'antica sua fama. *Un nuovo ciel finalmente, una nuova terra si mostra, perchè tutto ciò che sino allora esisteva è sparito* (44).

L'impossibilità di confidare l'esercizio del poter legislativo a questa idra con milioni di teste e braccia in atto sempre di secondare l'impulso che loro vien dato per lacerare il seno alla patria: la necessità di un centro di autorità che diriga verso il generale interesse la forza incalcolabile di

(44) *Et vidi coelum novum et terram novam. Primum enim coelum, et prima terra abiit, et mare jam non est ...... et mors ultra non erit, neque luctus, neque clamor; neque dolor erit ultrà, quià prima abierunt.* Apocalip. *cap.* 21.

una macchina immensa, pronta sempre a sconnettersi, se i pesi, bilanciandosi l' un l' altro, non sono rattenuti da una molla che li conservi in un giusto equilibrio: tutte queste cagioni rendono necessario un ordine nuovo.

I tre poteri, legislativo, giudiziario, esecutivo, saran separati quanto esser possono; il giudice potrà supplire alla legge colla equità (45); ma non mai al di

(45) Allorchè nello stato si è pubblicato un Codice particolare distinto dalle leggi romane, insegnano comunemente gli scrittori prammatici, che nel difetto della legge o statuto municipale si debba ricorrere al diritto romano, come ad un diritto sussidiario e supplente ai difetti delle particolari legislazioni. Questa comune dottrina fu con ragione impugnata dal celebre Voet al tit. *de leg. etc.*, avendo giudiziosamente osservato, che ove la legge municipale non è abbastanza chiara ed estesa a tutti li casi, ma sugli oggetti esposti e dichiarati, non conviene punto con le regole del dritto romano, non a queste, ma alle regole generali dell' equità si deve ricorrere, e così coll' applicazione di quello che propriamente dicesi *bonum et aequum* supplire alla legge che manca in qualche caso: *Non possunt omnes articuli singillatim legibus comprehendi; sed cum in*

là dei limiti della causa sottomessa alla sua decisione.

Il lui sera défendu de prononcer (dans aucun cas) par voie de disposition générale et réglémentaire . . . Codice civile, tit. I, art. I, num. 5 (46).

« La legge (dice l'oratore che abbiam tante volte citato) era in altri tempi un mistero sino alla sua formazione : era preparata nei segreti consigli del principe.

» Quando se ne faceva la verificazione nelle corti o curie, la discussione non era pubblica : tutto sottraevasi alla curiosità dei

---

aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere et ita jus dicere debet. Nam quotiens lege aliquid, unum vel alterum introductum est bona occasio est, caetera, quae tendunt ad eandem utilitatem vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri. L. 12 e 13, D. *de leg.*

(46) Se il giudice supplendo coll'equità al difetto della legge scritta pronunciasse in alcun caso in via di generale disposizione o regolamento, non si ristarebbe entro i limiti del potere giudiziario, ma verrebbe ad usurparsi il potere legislativo. La sua decisione deve essere speciale, com' è speciale il caso

cittadini. La legge non compariva se non come il lampo dal sen d' una nube. »

Quando così accadeva, potevasi contare per una fortuna, che pubbliche rimostranze col mezzo della stampa, o decise opposizioni per parte di magistrati giustamente rispettati, non eccitassero nella moltitudine, non istruita dei motivi del legislatore, un prematuro fermento.

« Oggi va tutto altrimenti: tutte le discussioni, le deliberazioni tutte si fanno con solennità alla presenza del pubblico. Il legislatore non si nasconde più dietro un velo: si sanno i suoi pensieri prima che divengan comandi. »

---

che si decide: ed è perciò che il giudicato ha la sua forza soltanto nel caso deciso, e non può mai essere valutabile a guisa di legge per altre persone e in altre cause, sebbene fossero della medesima specie. Non è che il Sovrano munito della podestà legislativa, il quale pronunciando il decreto sopra un caso particolare ha diritto di pronunciarlo, siccome una disposizione o regolamento da osservarsi invariabilmente in simili casi: *Sciant, hanc legem esse non solum illi causae, pro qua producta est, sed et omnibus similibus.* L. 12, C. *de legib.*

In tal modo col favore dell' opinione, regina del mondo, sempre sicura del successo delle sue volontà, quando ha per base la ragione e il pubblico interesse, la nazione conserva quell' autorità legislativa, che non cessava di reclamare, benchè non potesse ella stessa esercitare.

VI.

Cosa richiedesi alla legge per renderla pienamente obbligatoria?

La promulgazione solenne per ordine del primo magistrato del comun centro d' autorità, affinchè nessuno possa legalmente addurre causa d'ignoranza (47).

La consegna nei pubblici registri, ove possa essere in ogni tempo consultata e dalla parte che dee sottomettervisi, e dal giudice e magistrato incaricati di farla eseguire.

Les lois sont exécutoires dans tout le

---

(47) *Leges sacratissimae, quae constringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi praescripto earum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur.* L. 9, C. *de leg.*

territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par le premier consul.

La proclamation faite par le premier consul sera réputée connue dans lé département où siégera le gouvernement, un jour après celui de sa promulgation, et dans chacun des départemens, après l' expiration du même délai, augementé d'autant de jours, qu'il y aura de dix myriamètres (environ 20 lieues) entre la ville où la proclamation aura été faite, et le chef-lieu de chaque département. Codice civile, tit. prelim., art. I.

VII.

La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif. Ibid. num. 2.

« Vi sono delle utili verità, che non basta pubblicare una volta, ma che bisogna ripeter sempre, e che debbono continuamente percuoter l'orecchie del magistrato, del giudice, del legislatore, perchè troppo importa che siano presenti ognora al loro spirito.

» L' ufizio delle leggi è quello di regolar l'avvenire: il presente non e in poter loro . . . . (48).

---

(48) *Cedo mihi*, diceva Cicerone a Verre, *orat.* 1, *leges Atinias, Furias, ipsam, ut dixi, Voco-*

» La legge naturale non è circoscritta nè dal tempo, nè dai luoghi, perchè essa è di tutti i paesi, di tutti i secoli ....

» Ma le leggi positive (civili, amministrative, di polizia, criminali), che sono opera degli uomini, non esistono per noi che quando vengono promulgate: e non possono aver effetto che quando esistono ...

» Perchè, dirassi, lasciare impuniti gli abusi ch' esistevano prima della legge che si promulga per reprimerli? Perchè non bisogna che il rimedio sia peggiore del male. Ogni legge nasce da abusi. Non bisogna adunque esigere che gli uomini siano prima della legge ciò che la legge stessa li fa divenire. » *Discorso del consigliere di stato Portalis.*

Per questa ragione il nuovo Codice rigetta le due eccezioni che le leggi romane soggiungevano a questo principio.

« Egli è certo (dicevano quelle leggi), che le leggi e le costituzioni non regolano

---

niam, omnes praeterea de jure civili, hoc reperies in omnibus statui jus, quo post eam legem populus utatur.

che gli avvenimenti futuri, senza riportarsi al passato, *se non è espressamente detto che la loro disposizione comprenderà anche il passato, e che gli affari siano ancora in pendenza.* »

Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari; nisi et de praeterito tempore, et adhuc pendentibus negotiis, cautum sit. L. 7, C de leg. et const. principum.

Indarno si sforza Domat di giustificare queste eccezioni.

« Come se la legge non facesse che ristabilire una legge antica o una regola dell' equità naturale, della quale regola gli abusi avessero alterato e deteriorato l'uso. » Allora non sarebbe più una legge nuova, ma una dichiarazione interpretativa che trarrebbe la sua forza non dalla nuova disposizione, ma dalla natura o dalla legge antica. « O che regolassero questioni, per le quali non v' era legge o costumanza. » *Leggi civili tom.* I, *sez.* I, *num.* 14. In questo aspetto la questione rientra nell' obbligo imposto al magistrato di giudicare secondo le regole dell' equità, malgrado il silenzio,

l'oscurità o l'insufficienza della legge. Potrà bensì la legge nuova essergli utile a guidare gl' incerti suoi passi nel labirinto oscuro che dee percorrere, senza però legarli.

Con tali eccezioni nulla vi saria di sicuro. Quanto mai non se n'è pur troppo abusato in que' tempi da me testè accennati (49)!

---

(49) In più guise possono le leggi riferirsi a' casi passati, senza urtare contro il premesso principio esclusivo dell' effetto retroattivo. I. Se una legge non sia, come dicono i prammatici, *dispositiva juris novi*, ma *declarativa juris antiqui*. Sotto questo rapporto si spiega la regola di Paolo nella L. 38 *de legib.*: *Sed et posteriores leges ad priores pertinent*. In questo caso la nuova legge non è altro che l' autentica interpretazione della legge antica, e in quella maniera, che una lègge oscura viene interpretata per la consuetudine, si spiega pure, e con maggiore sicurezza con l'oracolo del sovrano legislatore. II. Se trattisi di legge relativa ad una forma di giudizio, quando la nuova legge non percuota un diritto acquistato, e lasciando intatto il diritto conseguente di provarlo e giustificarlo, prescriva soltanto un nuovo metodo di prova e giustificazione. Se però la nuova forma di procedura togliesse per cagion d' esempio all' accusato di delitto antecedentemente commesso quelle risorse per un esperimento replicato di giudi-

VIII.

On ne peut déroger, par des conventions

---

zio, che la legge preesistente gli accordava, l' accusato ha certamente il sacro diritto di reclamare a suo favore le disposizioni giudiziarie della legge antica. Così, se per la frequenza di alcuni delitti, fatale alla tranquillità e sicurezza de' cittadini, si pubblichi una legge, od un decreto del principe, che prescrivendo una procedura *sommaria* tolga al condannato la facoltà, che la legge antecedente gli accordava di ricorrere ad un supremo tribunale sopra nullità o manifesta ingiustizia del giudicato, sarà mai a questa terribile procedura soggetto l' accusato di delitto anteriormente commesso? No certamente. Il terrore di una procedura *militare* si ha non meno che l' accrescimento della pena già prescritta al delitto, e quindi per la stessa ragione che una legge penale non può avere un effetto retroattivo, ove la pena nella qualità o nel grado sia più grave di quella che la legge anteriore prescriveva al medesimo delitto, non deve pure nel caso presupposto retrotrarsi la nuova legge o decreto esclusivo di un esperimento che la legge antica al condannato accordava. III. Se trattisi di legge criminale, la quale stabilisca al delitto una pena minore di quella ch' era prescritta nella legge precedente, ed è la stessa umanità che in questo caso ne suggerisce la retroazione. IV. Se la legge nuova non tolga un diritto acqui-

particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes moeurs. Ibid. art. 6 (50).

L' ordine pubblico, perchè sarebbe una contraddizione che il potere, incaricato di mantenerlo, tollerasse delle convenzioni che tendessero a turbare la società.

I buoni costumi, perchè questi sono la base della stabilità degli stati.

Quid leges sine moribus
Vanae proficiunt? HORAT.

---

stato, ma soltanto stabilisca diverse cautele a poterlo verificare: *Si lex antiqua*, opportunamente Ubero, *jus sine aliquo facto, aut ministerio hominis tribuat, tunc quidem casus ante legem novam commissus ad hanc non pertinet, sed veteri legi subest; verum si casus antea existens adhuc egeat facti alicujus aut ministerii, tum magis est, ut ille casus praeteritus ad novam legem referendus sit.* Questa dottrina dal lodato giureconsulto viene egregiamente rischiarata con alcuni esempj nelle sue prelezioni ai digesti *lib.* I, *tit.* 3, *n.* 11.

(50) *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.* L. 38, D. *de pact.*

TITOLO SECONDO

Relativo alle diverse leggi che compongono la prima parte del Codice civile.

Proseguimento della comparazione tra il diritto antico ed il moderno.

Delle Persone.

Il mantenimento dell'ordine pubblico, cioè della libertà e della proprietà di tutti quelli che compongono la società, esige che le leggi si proporzionino alle distinzioni stabilite fra gli uomini, e ch'esse si modellino sulla natura, colle precauzioni che le debolezze e i vizj dell' umanità richiedono.

SEZIONE PRIMA.

Divisione delle persone per parte della natura.

La distinzione più generale nell' umanità è quella dei sessi. Le femmine sono ordinariamente precoci, non solamente nelle qualità del corpo, ma in quelle ancor dello spirito e del carattere. La forza, che la natura ha riservata all' uomo, indica che lo ha destinato ad essere il capo della famiglia, il protettore di una compagna, la quale dividendo con lui le cure domestiche modera il di lui ardore colla sua dolcezza, solleva le di lui fatiche colle attrattive e le grazie proprie del suo sesso, determina la di lui volontà colla persuasione, e con maggiore efficacia appunto perchè non ha nè il diritto nè la forza necessaria a soggiogarlo.

La naturale autorità del marito sopra la moglie, di padre e madre sui loro figli è trasmessa dalla natura, dopo la morte degli autori dei loro giorni, ai fratelli sopra le

loro sorelle non maritate, le quali perciò non fanno ancor parte di una nuova famiglia (51).

Lo stabilimento delle proprietà ha prodotto altre distinzioni fra gli uomini. La necessità di premiare sino nei loro discendenti le virtù di quelli che avevano utilmente servito la patria, fu il motivo degli onori e dei privilegi annessi alla nobiltà. Un uso saggiamente fra noi stabilito vuole che ogni famiglia, ogni ramo porti il nome del suo capo, destinato a sostenerne la gloria. La legge derogava in favore dei maschi all' eguaglianza delle divisioni, che è il voto della natura. La disuguaglianza, introdotta dalla legge municipale, aveva principalmente luogo in quella sorta di beni, dei quali il primitivo destino era il premiare le cariche militari o civili, appannag-

---

(51) Non sono persuaso che la natura trasmetta, dopo la morte de' genitori, ai fratelli sopra le sorelle non maritate l' autorità del marito sulla moglie, del padre o madre sui figli. Quest' autorità del fratello sulla sorella è piuttosto di convenienza suggerita dall' ordine di famiglia, che un' emanazione dell' autorità conjugale o parentale.

gio della nobiltà. Ne faremo conoscer l'origine. Ma d'altronde l'eguaglianza nelle parti della divisione è consona alla pubblica utilità: separa e moltiplica le sorgenti delle ricchezze: anima il commercio e l'industria: previene l'ozio ed il lusso, velenosi frutti d'una eccessiva opulenza.

Le leggi relative alle prove del matrimonio, quelle che sono destinate a stringere i legami dell'unione del marito colla moglie, ad assicurare l'autorità del capo della famiglia tanto sopra la sua compagna, quanto sopra i frutti della loro unione: le leggi che prevengono la confusione delle famiglie, quelle che identificano, conformandosi al voto della natura, gl'interessi dei padri con quelli dei figli, la necessaria distinzione tra i figli nati da unione puramente naturale, riprovata dalla legge divina e civile quando non è consolidata dal voto della perpetuità, e i frutti di quella santa unione, diretta a perpetuare la società, sono tutte conseguenze di questa prima divisione degli uomini per parte della natura, in *maschi* e *femmine*. Le malattie dell'anima e del corpo formano altre differenze tra gli uomini: la

morte apre luogo alla successione della generazion presente, in favore di quella che dee rimpiazzarla.

Tale è l'ordine generale delle materie trattate in questa sezione. I principj in quella contenuti non sono che l'applicazione delle massime della legge naturale ai diversi titoli di possesso dei beni riconosciuti dalla legge.

§. 1.

I maschj e le femmine.

La costituzione, con cui si reggeva la Francia prima della rivoluzione, era tale che perfezionandosi avrebbe ordinato talmente i ranghi e le fortune, che avrebbe forzato gli interessi privati a concorrere per il rispettivo bisogno d'ognuno all'utilità generale. Se le incalcolabili corrosioni di un lusso eccessivo, le depredazioni dei grandi, l'avidità dei piccoli, l'intrigo, la frode, l'ingiustizia non avessero sconvolto quell'ordine, una tale costituzione dovea tendere a conservare gli stabili non solamente in mano al possessore, ma in quella de' suoi eredi diretti o collaterali, provenienti dall'istesso ceppo.

Di là son derivate le disposizioni delle nostre costumanze su la successione dei proprj, su le riserve a norma delle castumanze, sulla retrocessione di lignaggio (52).

Per dar consistenza al lustro delle razze, era necessaria la disuguaglianza nel fare le parti.

Di là, nei feudi, la fede e omaggio riportati gradatamente da vassallo in vassallo sino al sovrano, la retrocessione feudale (53),

---

(52) *Retrait lignager*, il diritto cioè che una legge o costumanza accorda ai congiunti per la stessa linea col venditore di ricuperare un bene immobile venduto, rimborsando il compratore del prezzo della vendita, delle spese e de' miglioramenti fatti nel medesimo fondo. Pare che questo diritto non fosse incognito nella romana legislazione, se debbasi prestar fede agli autori della L. 14, C. *de contr. empt.* Su questo diritto di *lignaggio* la costituzione fondamentale è di Federico imperatore *in Lib. V, feud. tit.* 13. Fu adottato dalle costumanze della Francia, e venne stabilito ancora in alcune provincie governate col *jus* scritto. V. *Dictionnaire portatif de jurispr.*

(53) *Retrait féodal*, il diritto che aveva il signore del feudo di avocare a se il fondo tenuto a feudo proveniente dallo stesso signore. Il rimborso del

l'antiparte (54) del primogenito, le di lui porzioni vantaggiose et. ec. In Normandia la riduzione dei cadetti e delle femmine al terzo secondo le costumanze di quella provincia, e un diritto più rigoroso ancora in alcune altre costumanze. Nei paesi di legge scritta, della quale era base questo principio *uniquum hominis patrimonium*, « un solo patrimonio ad ogni uomo » regnava una disuguaglianza ancor maggiore: questa risultava da quelle sostituzioni fidecommissarie, che mettevano in pezzi le successioni con prelibazioni derivanti dalla facoltà indefinita di testare, e dal principio che il chiamato riconosceva il suo diritto non dalla persona che rimetteva in di lui mani l'oggetto sostituito, ma dal fondatore della sostituzione, sorgente inesauribile di litigi.

Tutte queste disposizioni sono incompatibili con uno stato di cose, di cui l'uguaglianza sia base: non già un'eguaglianza

---

prezzo, spese e miglioramenti da farsi al compratore fu necessariamente la conseguenza de' tempi in cui i feudi divennero ereditarj e patrimoniali.

(54) *Préciput*. V. la nota (40).

numerica, che la natura non ammette, che imbastardisce i talenti e l'industria, e ostruisce tutti i canali della circolazione, ma quella eguaglianza di diritti, che non adottando altra distinzione tra gli uomini, fuor della giusta ricompensa dovuta alle pubbliche funzioni che esercitano, ai servigj resi alla patria, inspira ardimento al genio e coraggio alla laboriosità. Come dal pantanoso fango che co' miasmi pestilenziali sparge d'intorno il contagio e la morte, s' innalzano pur anche talora fosfori luminosi, che gareggian col sole, e che il fisico avidamente osserva ed ammira, aspettando che la gleba consolidata abbia dai sali che la penetrano, e dalle scosse che ha provate, acquistato una fecondità superiore a quella stessa delle terre intatte che la circondano.

Ho creduto necessario questo preambolo per giustificare gli esempj delle prerogative dei maschi sulle femmine, tratti dalle disposizioni delle nostre costumanze che qui riporto, e non potevo omettere in un' opera che ha per oggetto il confrontare continuamente le nostre antiche leggi coi principj dell' attuale legislazione.

Un articolo solo resta in vigore, ed è il IV, perchè la distinzione che rinchiude è fondata in natura.

I.

Prerogative de' maschi ne' feudi.

Al figlio primogenito appartiene ...art. 15.

Quando non vi sono che figlie non ha luogo il diritto di primogenitura....art. 19 (55).

In successione, o eredità (56), in linea collaterale, in feudo le femmine non ereditano coi maschi all' istesso grado... articolo 25 (57).

---

(55) Nel sistema delle primogeniture era giusto e conveniente quest' articolo. Nelle figlie non poteva giammai verificarsi la causa che aveva determinata la costituzione delle primogeniture. Non è però da negarsi che i diritti primogeniali appresso alcuni popoli non fossero antichissimi e non avessero una strettissima connessione cogli antichi diritti *patriarcali*.

(56) *Hoirie*, dice il testo originale, e significa la successione dei discendenti, ossia la successione dei discendenti in linea diretta *descendentale*. Quindi *hoirs* sono propriamente gli eredi discendenti in linea diretta.

(57) Non solamente ne' paesi della Francia gover-

Eccetto che in feudo, il maschio esclude la femmina all'istesso grado . . . art. 326.

V. il titolo delle Successioni.

I I.

Maggiorità feudale.

Ogni uomo che ha feudo è tenuto e riputato maggiore a venti anni e la figlia a quindici anni compiuti, quanto alla fede e omaggio, e carichi dei feudi . . . art. 32.

Per il che fare (la fede e l'omaggio) il figlio è riputato maggiore a vent'anni e la figlia a quindici compiuti, com'è detto di sopra . . . art. 41.

---

nati dalle costumanze, ma ancora per altri statuti, e per alcuni singolarmente di Lombardia la femmina per la successione era esclusa dal maschio nello stesso grado, sempre sul riflesso che la famiglia vieppiù si conserva e si mantiene nel suo splendore, preferendosi il maschio alla femmina. È celebre la domanda fatta dalle figlie di Salphaad a Mosè per avere l'eredità del loro padre morto senza figlio: *Justam rem postulant filiae Salphaad: da eis possessionem inter cognatos patris sui . . . . . homo, cum mortuus fuerit absque filio, ad filiam ejus transibit haereditas.* Num. cap. 27.

I I I.

Durata della guardia (58).

La guardia nei nobili dura ai figli maschi sino ai vent' anni e alle femmine sino ai quindici anni compiuti: e la guardia nei borghesi dura ai figli maschi sino a quattordici anni e alle femmine sino ai dodici anni finiti e compiuti ... art. 268.

---

(58) La *guardia* era una facoltà accordata dalla maggior parte delle costumanze di Francia ai padri ed alle madri d' usufruire de' beni, o d' una parte de' beni appartenenti ai loro figli di età minorenne per un certo tempo e con gli aggravj prescritti dalla medesime consuetudini. Si distingueva la *guardia* in *nobile* e *borghese*. La guardia nobile venne probabilmente introdotta coll' occasione de' feudi, ed è deferita ai padri e madri, ed in loro mancanza agli avoli ed avole nobili de' minori, senzachè debbano dare cauzione. Riguardo poi alla donna superstite bastava per avere la *guardia* che il di lei marito fosse nobile, ma doveva dare cauzione. La *guardia borghese* era quella che per un diritto o privilegio speciale veniva deferita da qualche costumanza esclusivamente ai genitori non nobili de' figli minori, data però cauzione.

I V.

Le femmine non possono essere scelte per testimonj negli atti.

.... Questi testimonj maschi . . . art. 289.

N. B. Il testimonio delle femmine è ricevuto nelle inchieste : il loro sesso non è materia di rimprovero : è dunque soltanto una preferenza che la legge accorda ai maschi quando la scelta dei testimonj è libera. In materia criminale e in tutti i casi ove la scelta non è libera si ascoltano tutti quelli che si suppongono avere avuto notizia di un delitto, di cui la punizione interessa la pubblica tranquillità, salvo il pesare nell' esame del processo l' autorità dei testimonj (59).

---

(59) Ecco nell' opera di Domat, *delle leggi civili part* 2, *lib.* 3, *tit.* 1, *sez.* 3, il medesimo discorso riguardo alla testimonianza delle donne: *Sebbene le femmine possano fare da testimonio quando si tratti di fatti, la cui cognizione dipende dall' attestato delle persone che possono esserne informate, e ciò anche ne' delitti, tuttavia non possono servire di testimonio in un testamento. La ragione si è, che fra gli atti volontarj, in cui vi è bisogno di testimonj, e fra gli altri casi della prova de' fatti vi è la differenza, che in questi ultimi non si può scegliere qualunque*

§. II.

Dei mariti e delle mogli.

La costumanza di Parigi ha poche disposioni generali sul matrimonio, se si eccettuano alcuni esempj relativi all' unione dei jugali in materia di feudi e all' autorità del marito su la moglie. Non abbiamo creduto dover tralasciare i primi, perchè quantun-

---

testimonio; ma ne' testamenti e negli altri atti volontarj la scelta de' testimonj è affatto libera. V. §.6, *inst. de testam. ordin.* L.20, D. *qui testam fac. poss.* la L. 13, C. *qui potior in pign. hab.*, e la costituzione di Leone 78. Negli atti volontarj intervengono i testimonj non solamente per la prova, ma ancora per la perfezione de' medesimi atti, la cui forma esige un dato numero di testimonj. In altri casi non si ammette il testimonio che per la verificazione del fatto, e in questi dal sesso non si può rilevare una ragione per escludere le femmine dal fare testimonianza. Energica e decisa a quest' oggetto è una costituzione dell' imperatore Leone, della quale non posso a meno di riportare alcuni tratti: *Illud saltem vulgo notum, volutandum animo fuerat, crebrum nempe in virorum oculos occursum mulieri dehonestamento esse: pudicam vero et honestam ejusdem*

que estranei all' attuale diritto, pure servono a confermare il principio: gli altri esempj sono comuni all' antico e al nuovo.

Noi ne daremo in succinto una idea, affine di paragonare anche nella loro sorgente le leggi antiche colle nuove, relative al contratto il più sacro.

---

rei fugam efficere ..... Quorsum enim hisce visum est, ut in negotia publica mulierum prodiret testimonium, quibus juxta atque viris testari permiserunt, quemadmodum scythicas mulieres cum maritis ad bella coarmari audimus? .... Quid enim hoc aliud nisi contumelia, et ea quidem gravissima erit, si, quarum rerum tractatio virorum maxime propria est, ad illas sexus etiam foemineus procederet? Quapropter non minus consuetudinem quam legis erratum majestas nostra corrigens, illis ad testandum praecludit aditum, ac proposita sententia sua decernit, legeque prohibet, ne quomodo mulieres ad contractuum testimonia accedant. In rebus autem peculiariter ad ipsam pertinentibus, quibus interesse viris fas non est, (de partu loquor, et si cui rei alii sola mulier adhibetur) sua peculiaria, virisque occulta testantur. Const. 48.

I.

Unione del marito e della moglie.

Uomo e donna congiunti insieme per matrimonio, sono comuni in beni . . . articolo 220 (60).

---

(60) Nella Francia la comunione de' beni tra il marito e la moglie deve la sua origine alle costumanze, sulle quali dissi più volte, che si regolavano molte provincie di quello stato. Vi erano però alcune consuetudini, siccome quella di Normandia, la quale proibiva perfino l'espressa convenzione per la comunione de' beni tra marito e moglie. Anche nelle provincie della Germania, ed in quelle singolarmente della batava repubblica aveva luogo questa tacita convenzione per la comunione de' beni tra il marito e la moglie. Si poteva peraltro con un'espressa convenzione o limitare cotesta comunione, o toglierla del tutto, purchè non fosse diretta a defraudare i creditori ignari di tale convenzione. Di questa fraudolenta convenzione ne fa un cenno il celebre Cujacio *ad tit. cod. ad Sctum Vellejan: Moribus Galliae receptum est in plerisque locis, ut vir et uxor sint socii bonorum in matrimonio quaesitorum, nisi aliud inter eos convenerit: nam certum est huic juri conventione posse derogari. Nunc cum inter duos conjuges convenisset, ne essent socii, et cum eam*

La donna, rimanendo vedova, dopo la morte del marito che avea rilevato il suo feudo e pagato i diritti per ciò dovuti, non deve più alcun rilievo: e così è tenuta solamente a prestare la fede ... *s' ella non l' ha già prestata* ... art. 39 (61).

---

conventionem nescire creditor, utrique pecuniam credidit, et duos fecit reos debendi, eos esse socios, et se in eorum, rem communem credere existimans, cum conjuges conventionem dolo malo celarent. An igitur aget cum muliere in solidum? Sic sane, et si opponatur exceptio Scti Vellejani, creditor replicabit de dolo. Questa comunione de' beni è suggerita da quella società che la natura medesima ha istituita tra il marito e la moglie. Era celebre su quest' oggetto la legge di Romolo, che avendo prescritto alla santità del matrimonio alcune religiose cerimonie, volle che la moglie fosse partecipe di tutti i beni e delle cose consacrate nella famiglia del marito, alla quale apparteneva: *Mulierem nuptam, quae juxta leges sacras convenerat cum viro, Romulus participem esse voluit omnium bonorum et sacrorum* Halicarnas *hist.* Perciò Modestino giureconsulto nella L. 1, t. *de rit. nupt* definì le nozze: *conjunctio maris ac foeminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio.*

(61) *Rélief* è un diritto feudale, che si paga per redimere il feudo dalle mani del signore, ed aveva

Il figlio primogenito prestando la fede libera le sorelle nel loro primo matrimonio, così dalla fede che dal rilievo . . . art. 35.

E se non vi sono che figlie, o se il figlio primogenito, se vi è figlio, non ha prestato la fede, non è dovuto rilievo in linea diretta: le quali figlie nondimeno, o i loro mariti per esse, devono portar la fede senza pagare rilievo . . . art. 36 (62).

---

luogo ogni qualvolta il feudo da un vassallo doveva passare all' altro, senza l' obbligazione del così detto *laudemio*. Quindi *rélever un fief* significa pagare per la redenzione del feudo oltre la prestazione della fede e dell' omaggio al signore. Secondo la costumanza di Parigi, ch' era la più celebre in materia di feudi, il pagamento consisteva in un' annata di reddito su i beni soggetti a tale diritto, oppure nell' estimazione a giudizio de' periti di reciproca confidenza del signore e del vassallo. Attesa pertanto la preesistita comunione de' beni tra il marito e la moglie, ne veniva punto di conseguenza, che pagato una volta dal marito questo diritto, la vedova superstite non dovesse ulteriormente pagarlo.

(62) Se il feudo passa per successione dall' uno all' altro, si distingueva il caso di successione in linea diretta dal caso di successione in linea collaterale. Nel primo caso nulla si doveva al signore, ma

Se il vassallo tiene nelle sue mani il suo feudo ... ed è citato dal signor dominante (in caso di rilievo o di sequestro feudale), il detto signore ... devë avere ... porzione dell' alloggio ... senza per altro sloggiare il suo vassallo, moglie, figli e famiglia che vi dimorano ed abitano ... art. 58.

Quando qualche eredità è acquistata, durante e costante il matrimonio di due jugali, dei quali l' uno è parente del venditore, dalla parte per cui la detta eredità appartiene al venditore, questa eredità, così venduta, non giace separata (*a*), durante e costante il detto matrimonio ... art. 155 (63).

---

nel secondo la maggior parte delle costumanze gli aggiudicava il pagamento del diritto succennato.

(*a*) *En retrait.*

(63) A ben intendere quest' articolo conviene rimontare al diritto fondato sulle costumanze della Francia, in forza del quale il congiunto in parentela al venditore poteva redimere l' eredità venduta, ogni qualvolta fosse provenuta dalla parte della parentela. Nel caso contemplato in quest' articolo l'eredità venduta non giace separata per il *jus redemptionis* (*en retrait*), appunto perchè la comunione de' beni tra il marito e la moglie distrugge questo di-

II.

Autorità del marito su la moglie.

Il marito è signore di mobili e acquisti stabili da lui fatti, durante e costante il matrimonio di lui e di sua moglie, in tale maniera che può venderli, alienarli o ipotecarli, e farne e disporne per donazione, o altra disposizione fatta tra' vivi, a suo piacimento e volontà, senza il consenso della detta sua moglie, a persona capace e senza frode . . . art. 225.

Il marito è il signore delle azioni mobiliarie e possessorie, anche quando procedessero dalla parte della moglie: e può il marito agir solo e dedurre i detti diritti ed azioni in giudizio, senza la detta sua moglie . . . art. 233 (64).

---

ritto di redimere separato e distinto in uno de' conjugi, che non potendo riferirsi all' altro per questa stessa comunione, viene nel medesimo ad essere inattendibile.

(64) L' Autore non ha forse con tutta l' esattezza spiegato gli effetti dell' autorità del marito sulla moglie. Il marito è certamente il capo della società con-

La donna maritata non può vendere, alienare, nè ipotecare i suoi beni ereditarj, senza il consenso espresso di suo marito: se lo fa, il contratto è nullo, tanto riguardo a lei quanto al marito: e non può, dopo la morte del marito, nè contro essa, nè contro gli eredi di lei farsi luogo a dimanda in giustizia . . . art. 223.

Una donna maritata non può obbligarsi senza il consenso di suo marito, se non è

---

jugale, e può con questo carattere intentare esclusivamente tutte le azioni *mobiliarie* e *possessorie*. Può altresì disporre di tutti gli effetti della comunione, semprechè ne disponga senza frande. Ma in ultima analisi il medesimo non è altro che l'amministratore e l'economo di questa società, che deve saggiamente governare, ben lontano dal poterne fare un saccheggio, o di privare dei vantaggi della comunione la moglie. V. *Le nouveau Ferrier* de C. H. Dagar *t.* 1, *pag.* 3;7 *e seg.*, ove questo dottissimo giureconsulto stabilisce con molto giudizio e con esattezza di dettaglio i confini al diritto di alienare e disporre de' beni competente al marito, come capo della società conjugale e direttore della comunione esistente fra esso e la moglie.

separata per giustizia e se non è seguita la separazione... art. 224 (65).

N. B. Tutti questi articoli sono ripetuti nel nuovo Codice civile *dei diritti e dei doveri degli sposi* (o maritati), cap. VI.

---

(65) Essendosi osservato nella nota precedente, che al marito esclusivamente compete l'amministrazione e l'economia nella comunione de' beni fra esso e la moglie esistente, la donna maritata non poteva non essere inabilitata a qualunque specie di alienazione ed obbligazione senza il consenso espresso del marito. Per altro, fatta anche astrazione da questa comunione de' beni, s'intende facilmente la ragionevolezza, fondata sull' imbecillità del sesso, delle leggi relative a non permettere alla donna di alienare e di obbligarsi senza l'altrui consenso. Giusta le leggi antiche di Roma le donne erano sotto una perpetua tutela: *Mulieres*, dice Tullio *in orat. pro Muraena* 12, *omnes propter infirmitatem consilii majores in tutorum potestate esse voluerunt.* Anche in Atene le donne avevano i loro tutori, nè potevano contrarre oltre un moggio d'orzo V. Meurs *Them. Att.* 2, 9. In molte città dell' antica Lombardia vi sono particolari statuti su tale oggetto, prescrivendo per le obbligazioni ed alienazioni delle donne non solamente l'assistenza del marito, ma il consenso ancora di un *prossimo* in agnazione o cognazione.

Fedeltà, soccorso, assistenza che i maritati si devono reciprocamente, num. 206.

Obbligazione della donna d'abitare col suo marito, di seguitarlo dappertutto ov'egli giudichi conveniente il fissare la sua residenza, num. 207 (66).

Interdizione assoluta della moglie, anche separata di beni, di dare, alienare, ipotecare, acquistare *a titolo gratuito e oneroso*, senza autorizzazione del suo marito, o per giustizia, num. 211 (67).

---

(66) Conseguenze necessarie dei doveri rispettivi di protezione e di obbedienza che il matrimonio stabilisce fra i conjugi: *Mulier enim egressa paternam domum, non amplius parentum est, sed mariti.* Euripid. *in Danai apud Stobaeum, serm.* 71. Perciò Servio a quel verso di Virgilio: *et patrio Andromachen iterum cessisse marito, in lib. 3. Aeneid.* osserva, che *secundum jus loquitur: uxor enim domicilium viri sequitur.*

(67) Le ragioni indicate nelle due precedenti note giustificano decisamente l'autorizzazione del marito nei contratti della moglie, quantunque separata di beni. Ciò che presenta una novità di diritto incognita alle massime generali, diretrici della subordinazione della volontà di una donna contraente all'altrui consenso, si è, che nemmeno *a titolo gratuito* possa la

Eccezione in favor della donna pubblica mercantessa, cioè *ch' esercita un commercio separato*, fondata sul consenso presuntivo del marito, di cui la tolleranza non deve servir di pretesto per mancare alla fede pubblica, num. 214 (68).

Necessità dell' autorizzazione per giustizia, se il marito ha incorso una condanna infa-

---

moglie acquistare senza autorizzazione del marito, o *per giustizia*. L' altrui approvazione allora soltanto pare necessaria, che la donna per la naturale sua debolezza possa in qualche atto pregiudicare al proprio interesse: ipotesi, la quale certamente non si verifica negli acquisti a titolo gratuito. Io peraltro non posso non ammirare l' estensione della massima stabilita alle acquisizioni gratuite. Il legislatore nello stabilirla ebbe forse di mira il caso facile ad avvenire, che un atto di mera liberalità a profitto di una donna potesse essere diretto da una causa assai disconveniente a' que' doveri più rigidi che la natura e la società impongono alle donne per il loro vero interesse.

(68) Così il beneficio del senatusconsulto vellejano *de mulierum intercessionibus* a detta de' prammatici e per molte consuetudini deve cessare, se la donna sia pubblica negoziatrice, e si obblighi per oggetti relativi al commercio da essa esercitato.

me, *anche con giudizio reso per contumacia*, o se è interdetto per assenza o minorità, num. 215, 216 e 218 (69).

Inutilità d'ogni autorizzazione generale, anche per contratto di matrimonio, se non è per la sola amministrazione, num. 217 (70).

---

(69) Oppure che il marito senza ragione fosse renitente in prestare all' atto della donna l' autorizzazione.

(70) *Autorisation générale* è quella che si appone al contratto di matrimonio, all' effetto di abilitare la moglie a tutti gli atti ch' ella può mai fare nella durata del matrimonio, senz' avere di bisogno di altra speciale autorizzazione per parte del marito. Si verificava questa generale autorizzazione, qualora con una speciale convenzione si fosse fra gli sposi tolta, oppure limitata la comunione de' beni. Siccome la donna anche separata de' beni non avrebbe perciò l' amministrazione, così al patto di separazione si univa la clausola dell' autorizzazione, perchè la moglie potesse amministrare i suoi beni, promovere le azioni e difendere le sue ragioni in giudizio. Non poteva per altro, non ostante tale autorizzazione, ipotecare ed in qualunque maniera alienare i suoi beni immobili senza l' approvazione del marito speciale in ogni atto. Il nuovo Codice, *artic.* 223, ha ristretto di più i confini di questa generale autoriz-

La nullità della mancanza d'autorizzazione non può essere opposta che dal marito e suoi eredi, *perchè la legge è stabilita soltanto in favor loro*, num. 219 (71).

Il solo diritto di testare le è riservato, perchè l'esecuzione del testamento si riporta a un'epoca, nella quale il nodo conjugale è disciolto, num. 220 (72).

---

zazione, e senza ammettere la distinzione del diritto antico *consuetudinario* tra lo stare in giudizio e l'alienare, ha stabilito che l'autorizzazione generale fosse soltanto valevole quanto alla semplice amministrazione de' beni.

(71) E principalmente dalla stessa moglie e suoi eredi.

(72) L'autorizzazione del marito non può giammai avere influenza sul testamento della moglie. Il concorso di un'altra volontà, oltre quella del testatore, distrugge l'idea del testamento, e questa è in mio senso la ragion precipua del presente articolo.

§. III.

Del matrimonio considerato nelle nostre antiche leggi e nelle nuove

I canonisti definiscono il matrimonio « unione dell'uomo e della donna per un trattato di società individua, che abbraccia tutta la vita degli sposi. »

Viri et mulieris conjunctio, individuam vitae societatem retinens. Decretales, de praesump. cap. illud. (73).

Una simile convenzione non ammette partimento (*a*): i due sposi bastano l'uno all' altro, se la corruzione dei costumi non li ha degradati.

Lungi dunque da una saggia legislazione quelle scandalose leggi, protettrici d'ogni disordine, che trasformavano il più santo impegno in un contratto il più versatile.

Lungi da noi la poligamia ammessa da tutti i popoli dell'oriente, senza eccettuare

---

(73) L'autore toglie a Giustiniano questa definizione del matrimonio per darla ai canonisti. V. *lib.* 1, *Inst. tit.* 9, §. 1.

(*a*) *O partizione, divisione.*

gli stessi Giudei, proscritta in Grecia, proscritta nell' antica Roma, rigettata come un vero adulterio da tutti i popoli dell' occidente. Come promettere, quando non avete niente che non abbiate dato?

« Vogliono i costumi nostri (dice il consigliere di stato Portalis) che un primo matrimonio valido e sussistente sia d'ostacolo ad un secondo matrimonio. La moltiplicità dei mariti o delle mogli può essere autorizzata in certi climi: *non è legittima in nessuno* (74); essa porta necessariamente con

---

(74) Alla perfezione del matrimonio ed alla più facile verificazione degli oggetti, cui si dirige, più della *poligamia* conviene certamente la *monogamia.* La domestica tranquillità, la migliore educazione de' figli sono le cause che reclamano l' unione del marito con una sola moglie: *Numquam gemina de matre genus, nunquam duplices laudabo toros, odii et dirae semina rixae. Unam debet non ambigui vir participem nosse cubilis. Una potestas temperet urbem, regat una domum, si modo cordi est tranquilla quies.* Eurip. *in Andromac.* Con tutto questo non si potrà giammai sostenere che l' unione di un marito con più mogli si opponga direttamente alle primitive istituzioni della natura, come si oppone la

se la servitù di un sesso e il dispotismo dell'altro: essa non può essere richiesta dai veri bisogni dell'uomo, il quale si occupa sempre della propria conservazione e pochi istanti della sua riproduzione: *essa introduce nelle famiglie una confusione e un disordine, che presto si comunicherebbero al corpo intero della società*: ella snatura tutti i sentimenti, toglie all'amore tutte le di lei attrattive, accordandogli e lasciandogli tutte le sue privative: finalmente ella ripugna all' essenza stessa del matrimonio, cioè all'essenza di un contratto, col quale gli sposi si danno tutto, e corpo e cuore. Nell'ac-

---

poliandria, l'unione cioè di una donna con più mariti. Gli oggetti principali del matrimonio non sono assolutamente impediti dalla *poligamia*; non è che resa più difficile la loro verificazione. Ma l'incertezza della prole e la difficoltà di concepire in una donna che si prostituisce a più uomini, sono motivi che non potevano permettere all'autore di confondere la *poligamia* con la *poliandria*. Gli esempj di alcune nazioni, i costumi, il clima non sono, nè saranno giammai quelle rilevanti circostanze che possano giustificare un disordine tanto contrario alle pure e semplici leggi della natura.

costarsi ai paesi ove la poligamia è permessa, sembra che l' uomo s' allontani dalla stessa morale. »

Le donne dei Germani, nostri antenati, ancor più lungi spingevano la severità. « Pensano esse, dice Tacito, che siccome l'uomo ha un solo corpo, una vita sola, così la donna non deve avere che un solo sposo. In lui finiscono tutti i di lei pensieri e desiderj: esse amano i loro mariti, come se questi fossero con esse identificati per il vincolo del matrimonio: *Sic unum accipiant maritum, quomodo unum corpus, unamque vitam: nec ullo cogitatio ultra, nec longior cupiditas, ne tamquam maritum, sed tamquam matrimonium ament.* » Tacit. de mor. Germ.

Dissi trattato, contratto, perchè il solo impegno con parole *de praesenti*, che essenzialmente rinchiude il voto della riproduzione, non è meno completo e indissolubile, (ogni qualvolta è stato libero, accompagnato dalle formalità prescritte dalla legge) che se fosse consumato.

Le nostre antiche e nuove leggi hanno riconosciuto questo principio. Un picciol

numero dei nostri costumi, riprovati da tutti gli altri, non era consentaneo a quel principio; esigendosi, per esempio, che la vedova per ottenere quella controdote che i giuriconsulti chiamano *pretium delibatae virginitatis*, fosse stata *condotta e posta entro il letto nuziale* (75).

---

(75) *Nuptias non concubitus, sed consensus facit.* V. la L. 30, D. *de reg. jur.* Perciò la moglie doveva piangere il marito, sebbene morto avanti la consumazione del matrimonio. L. 6, D. *de rit. nupt.* Anche le costumanze della Francia ritenevano verificata la comunione de' beni, quantunque per la morte d'uno de' conjugi si fosse disciolto il matrimonio non ancora consumato. V. Mornac. *ad tit. de rit. nupt.* Cassan. *ad consuetud.* Burgund. *rubr.* 4, §. 6; ed il supremo senato d' Olanda giudicò per ben tre volte nel premesso caso in favore dell'esistita comunione de' beni. Neostad. *de pact. ante nupt. obs.* 15, 16, 17. In altre provincie però dalla sola consumazione del matrimonio dipendeva la comunione de' beni, e Federico a Sande riporta un' analoga decisione del senato di Frisia. V. *Defin.* 1, *lib.* 2, *tit.* 5. *Costum. Vanviregt rubr.* 22, *art.* 1. Lopez *de lucr. marit. et uxor. cap.* 6, *num.* 12. Riguardo poi al *dovaire*, che l' autore dietro le tracce de' giureconsulti chiama *pretium delibatae virginitatis*, mi occorre di osservare

« I popoli tutti hanno fatto intervenire il cielo in un contratto, che deve avere una sì grande influenza su la sorte degli sposi, e che fissando l'avvenire col presente, sembra far dipendere la loro felicità da una serie d'avvenimenti incerti, la quale si presenta allo spirito come *frutto di una particolare benedizione del cielo.* Le nostre speranze e i timori nostri a quelle occasioni implorano il soccorso della religione, di cui il prezioso uffizio è di mettere in comunicazione la terra col cielo, da così immenso spazio divisi. » *Discorso del consigliere di stato Portalis.*

---

1. che il *dovaire* non si può dire *controdote*, essendo piuttosto accordato alla donna che non aveva dote, o non aveva portato al marito ciò che la medesima, od altra persona in di lei nome gli avesse promesso; 2. che il *dovaire* non si può dire fondato sulla ragione, *ut mulier habeat pretium defloratae virginitatis*, giacchè le donne vedove, le quali si rimaritassero, avevano esse pure il *dovaire*, siccome quelle che si univano in matrimonio per la prima volta; 3. che, eccettuate ben poche costumanze, la consumazione del matrimonio non era per diritto *consuetudinario* necessaria ad acquistare il vantaggio del *dovaire*.

Per questo motivo in tutti i tempi e presso tutte le nazioni il matrimonio fu celebrato nei tempj dai ministri della divinità.

Speluncam Dido, dux et trojanus eamdem
Devenient: adero: et tua si mihi certa voluntas,
Connubio jungam stabili, propriamque dicabo.
Hic hymenaeus erit....

Questa è l'immagine d'un imeneo furtivo, ma pure di quanta religiosità ha voluto circondarlo il poeta!

Se alla luce di questi principj ammessi da tutti i popoli si considera una questione, che tra noi ha suscitato molte liti, forse vedrassi che si riduce essa a mera disputa di parole.

« Certamente il matrimonio precede l'istituzione di tutti i sacramenti, lo stabilimento di tutte le religioni positive, perchè è d'una data antica, quanto la stessa umanità. » *Discorso di Portalis.*

È questa la ragione che il divin fondatore del Cristianesimo assegna alla indissolubilità del matrimonio.

« Mosè, per la durezza dei vostri cuori, vi permise di rimandare le vostre mogli: ma non fu già così sul principio. »

Moyses ad duritiem cordis vestri permisit dimittere uxores vestras: ab initio autem non fuit sic. S. Matt. c. 19, v. 8 (76).

L'avere assegnato al contratto civile una divina origine, l'averlo restituito alla primitiva sua purità, deturpata dalle passioni degli uomini per la durezza de' loro cuori, ha

---

(76) Una legislazione, che ammetta in alcuni casi il divorzio, non distrugge perciò l'idea primitiva del matrimonio, cioè di una società stabile e perpetua: *Conjunctio maris et foeminae individuam vitae consuetudinem continens*, furono definite le nozze da un romano giureconsulto in tempo in cui per il divorzio si scioglieva il nodo conjugale. Così pure *perpetua* dicevasi la causa della dote, perchè *ex voto* dei conjugi doveva irrevocabilmente rimanere presso il marito, e lo scioglimento del matrimonio, che dava luogo alla ripetizione della dote, doveva avvenire *praeter votum* de' medesimi conjugi. Romolo non publicò alcuna legge sull'indissolubilità del matrimonio, ma istituì la religiosa cerimonia della confarreazione per santificarlo e dare alle nozze una maggiore stabilità. Introdusse altresì l'infausto e lugubre rito della *diffarreazione* per allontanare il più possibilmente dall'unione conjugale il divorzio. V. Halicarn. *Histor. lib.* 2, Fest. *in voc. diffarreatio*, e Plutarc. *quaest. roman. p.* 276.

innalzato il matrimonio alla dignità di sacramento della nuova legge, *d'iniziazione alle cose sante.* La parola di cui si è servito S. Paolo, μυςτήριον, dai Latini è resa ora per *mysterium*, ora per *sacramentum*, secondo i diversi oggetti ai quali è applicata.

« Questo *sacramento*, questa *iniziazione alle cose sante* (secondo l'opinione di tutti i popoli) è un grande oggetto: io lo dico in Gesù Cristo e nella Chiesa: *Sacramentum hoc* (τὸ μυςτήριον) *magnum est: in Christo dico et in Ecclesia.* » S. Paolo agli Efes. c. 5, v. 32.

Sotto questo aspetto le due autorità protettrici dell'ordine pubblico concorrono alla sua stabilità.

In un ordine di cose, in cui temendosi le sanguinose guerre che la religiosa intolleranza, in vece d'estinguere, attizza, non si riconosceva che un culto solo, conveniva affidare ai soli ministri dell'altare, sia come pubblici funzionarj, sia come rivestiti del sacerdozio, la cura di vegliare alla stabilità del contratto e alla santità del sacramento (77).

---

(77) Se la religione imprime nel matrimonio un distinto carattere, non cessa perciò di essere un con-

Non a tutti i ministri sacri peraltro, nè a qualunque fra loro. Imperciocchè in tanta folla i registri costitutivi dello stato degli

---

tratto civile, e come tale soggetto alle leggi politiche ed alla vigilanza de' civili magistrati. La legge della società regola il matrimonio sotto l' indicato rapporto, e lascia all' autorità della Chiesa di regolarlo come un oggetto religioso. Nel conflitto tra la legge civile e i principj della religione sulla stabilità del nodo conjugale potrà questo sciogliersi quanto agli effetti civili, sebbene alla coscienza dei conjugi reclami la religione, ch' esso è indissolubile. Allorchè una legge permette ai conjugi il divorzio ne' casi determinati, non impone già un dovere di sciogliere il matrimonio, ma stabilisce soltanto le cause, i mezzi e le misure, di cui volendo si può far uso. Se il divorzio fosse in alcuni casi comandato, la legge civile urterebbe di troppo contro la legge della religione che lo proibisce; ma permettendolo solamente lascia alla religione medesima tutta quell' influenza che mai può avere sugli animi di coloro che la professano, perchè in nessun caso domandino la dissoluzione di un matrimonio, che rivestito di un carattere religioso presenta ad essi un nodo che la sola morte può disciogliere. L' esempio di Mosè, il quale ha permesso agli ebrei il divorzio per la durezza del loro cuore, sebbene il matrimo-

uomini sarebbero stati poco sicuri: e sarebbesi dovuto temere che una siffatta moltitudine di ministri non avesse data occasione

---

nio nella primitiva sua istituzione fosse una società indivisibile: *Ab initio autem non fuit sic*, dimostra egregiamente, che un legislatore politico per evitare maggiori disordini ed inconvenienti può benissimo in alcuni casi permettere la dissoluzione della società conjugale, quantunque alla sublime perfezione del matrimonio meglio convenga l'idea dell' indissolubilità. Se per il motivo sovraccennato Mosè, come politico legislatore in un governo *teocratico*, permise il divorzio, non vedo una ragione per cui il matrimonio circoscritto alle idee politiche e civili non possa per qualche causa determinata dichiararsi solubile dalla politica autorità, anche in vista di una religione che dichiara indissolubile il matrimonio circoscritto soltanto all' idea sublime di una perfezione religiosa. La legge di Gesù Cristo sull' indissolubilità del nodo conjugale è una legge dettata a quelle anime le quali volessero sublimarsi alla perfezione evangelica, che non può avere il carattere di legge politica, avendo egli stesso protestato che — *Regnum meum non est de hoc mundo. — Quis me constituit judicem super vos?* È veramente da rimarcarsi, che nessuno degl' imperatori cristiani sino a Giustiniano abolì il divorzio, e Giustiniano medesimo, il

a innumerevoli contraddizioni alle leggi dello stato e a quelle della Chiesa; ma quella cura fu affidata al pastore sopra il proprio suo gregge.

Dissi alle leggi dello stato e a quelle della Chiesa, perchè la nullità del contratto cagiona la nullità del sacramento, di cui è base: come la contravvenzione alle leggi ecclesiastiche cagionava la nullità dell' impegno che la nuziale benedizione non aveva santificato.

Diversi tribunali invigilavano all'osservanza

---

quale professava le tante volte cultore e difensore de' sacri canoni ed acerrimo estirpatore delle giudaiche e pagane superstizioni: V. il C. *tit. de sum. Trinit.*, il *tit. de Jud.* e il *tit. de Pagan.*, richiamò l' uso antico del divorzio per mutuo consentimento delle parti, o come propriamente dicevasi *bona gratia*. Il celebre nostro italiano Alciati in *parerg. lib.* 6, *cap.* 20 opinò fra gli altri, che il precetto *quod Deus conjunxit, homo non separet*, fosse dagli antichi riferito ad una separazione suggerita soltanto dalle umane passioni, e senza l' intervento di una legittima autorità, la quale accordi il divorzio per le sole cause e con le cautele nella legge determinate e prescritte.

di queste leggi; ma non eran essi troppo scrupolosamente circoscritti nelle loro attribuzioni. Ci volevano il ministro d'uffizio, delegato dal vescovo per tutto ciò che riguardava la libertà dei contraenti, i loro impegni anteriori, sia per parole *de praesenti*, sia relativamente al futuro *(sponsali)*; la presenza del proprio curato; le forme ecclesiastiche nella benedizione nuziale; i giudici secolari per tutto ciò che riguardava gl' interessi puramente temporali; i parlamenti *per l'appello in abuso*, o ricorso all' autorità del Monarca per tutto ciò che riguardava le leggi dello stato ed anche quelle della Chiesa, divenute leggi dello stato come adottate dal supremo legislatore. Diamo qualche esempio.

Le leggi della Chiesa riprovano i matrimonj dei figli di famiglia, senza il consenso di padre e madre, ma non li annullano. Gli ordini dei nostri Re, sollecitati dal voto degli stati generali, li dichiaravano nulli, quando i contraenti non avevano 25 anni se donne, 30 se uomini. I parlamenti, giudicando *sull' appello in abuso*, protestato da padre e madre, rompevano il legame,

come contrario alle leggi dello stato, sebben formato secondo tutte le regole prescritte dai canoni.

Nella primitiva Chiesa accadeva spesso che l'uno de' contraenti si convertisse e l'altro si rimanesse idolatra o giudeo. S. Paolo dichiara che questa circostanza non basta per disciogliere il sacro vincolo del matrimonio, se l'infedele consente ad abitar col fedele. « D'onde sai tu, o moglie, se non giugnerai a render salvo il tuo marito? » *Unde enim scis, mulier, si virum non salvum facies?* P. ai Corint. cap. 8, v. 13 e 16.

Luigi XIV, premuroso di scancellare ne' suoi stati persin le vestigia di una diversità di culti, della quale i suoi predecessori aveano provato sì funesti effetti, dichiara nel suo editto, novembre 1692, non solo i matrimonj tra idolatra, giudeo, maomettano e cristiano *invalidamente contratti,* ma quelli pure tra *cattolico* e *protestante.* Da quell' epoca i magistrati in ubbidienza alle leggi dello stato distruggono un legame illegalmente formato, dichiarando tai matrimonj abusivi.

Quanti mali non ha mai prodotto la religiosa intolleranza!

Qui i protestanti, costretti a mascherare la loro professione di fede sotto le apparenze di una falsa cattolicità in loro cuor rigettata, alla ribellione del credere aggiungono il sacrilegio.

Là (e tale era la giurisprudenza di quasi tutti i parlamenti nelle provincie di legge scritta) i magistrati contentandosi, per non ammettere l'*appello in abuso*, del solo possesso di stato, senza esigere che l'atto autentico, comprovante la legittimità di questo possesso, sia presentato, s'espongono a trasformare in sacro diritto la più scandalosa prostituzione.

Grande è il numero degli altri abusi che nascono dalla imperfezione o soverchia severità delle nostre leggi in questa parte.

I matrimonj clandestini, non contratti alla presenza del curato dei contraenti, o dell'uno di loro, senza previe pubblicazioni, senza forma legale, furono giustamente puniti da Luigi XIII colla nullità, 26 nov. 1639; ma la legge pronunzia pena di morte, per poco che le circostanze diano mo-

tivo a supporre ratto violento, o seduzione; circostanza che in allora era con presunzione legale bastantemente supposta per la sola disparità degli anni. Ma questa legge non fu mai diffatti osservata in tutto il suo rigore.

I matrimonj legittimamente contratti, ma tenuti secreti sino alla morte di una delle parti, andavano privi degli effetti civili. Noi ne parleremo, paragonando articolo per articolo, le disposizioni delle nostre antiche leggi colle moderne nuove.

La stessa pena infligevasi ai matrimonj *in extremis*, per parlare il linguaggio dei giureconsulti.

Perchè negare al moribondo la consolazione d'acquetare la sua coscienza colla riparazione di un lungo scandalo, se la persona con cui contrae un legame, vicino ad essere disciolto per morte, non ha abusato della debolezza del moriente per procurare a se stessa eccessivi vantaggi? A quante e quali incertezze non dava luogo la prova, spesso congetturarle, che al momento del celebrare il suo matrimonio il

defunto era già attaccato dall' ultima sua malattia (78)?

Per metter fine alle frodi dei matrimonj che si pretendevano fatti al deserto dai protestanti e riformati, per togliere a quei che

---

(78) Secondo l' articolo 6 dell' *ordinanza* del 1639 era nullo quanto agli effetti civili, sebbene valido *quoad foedus* il matrimonio contratto da un moribondo con femmina della quale si fosse abusato, e l' editto del mese di marzo 1697 estese cotale disposizione al matrimonio contratto da femmina moribonda con uomo, con il quale fosse vissuta in vero libertinaggio. Anche nel progetto di un Codice civile presentato al governo francese da un' apposita commissione de' 24 termid. anno VIII, al *tit.* 5, *cap.* 1, *art.* 29, si proponeva la nullità del matrimonio quanto agli effetti civili celebrato da un ammalato, la cui morte fosse avvenuta ne' venti giorni successivi all' epoca della celebrazione. Nel nuovo Codice si è indistintamente ritenuta la validità di simigliante matrimonio. Di fatti il matrimonio nella civile società, oltre i rapporti fisici e morali che ha dalla natura, ne acquista degli altri dalle politiche istituzioni. Le grandi risorse che possono derivare dalle nozze celebrate *in extremis* ai conjugi ed alla prole innocente, cui abbia data la vita un' illecita congiunzione, sono motivi efficaci ed opportuni per adottarne la validità.

ritenuti dagli antichi pregiudizj non volevano entrare nella cattolica unione ogni pretesto di contravvenire alle leggi dello stato, Luigi XVI con suo editto novembre 1787 avea stabilito una forma di matrimonio, che senza violentar le coscienze conservava (eccetto questo sol punto (a)) tutti i principj consacrati dalle leggi civili e canoniche.

Questa forma consisteva in una « dichiarazione autentica delle parti contraenti (preceduta dalle proclamazioni ordinarie usitate) in presenza di quattro testimonj, che le parti si prendevano in legittimo e *indissolubile* matrimonio e si promettevano fedeltà. » *Editto del mese di novembre* 1787, *art.* 17.

Il curato del domicilio dell' una delle parti, considerato come pubblico funzionario, o il giudice del luogo, a scelta dei contraenti, accompagnato dal suo cancelliere o scrivano, facevano le proclamazioni alla porta principale della chiesa parrocchiale nelle domeniche e feste solenni, con avvisi scritti ed

---

(a) Quale?

affissi nell' istesso luogo: e ricevevano in casa loro la dichiarazione degli sposi, che secondo la forma ordinaria conseguavano nei doppj registri dei cattolici per i curati o vicarj o in quelli fissati in esecuzione della legge nel luogo principale di giustizia delle città, borghi e villaggi, delle quali doppie scritture una ogni anno veniva deposta nell' uffizio dei baliaggi e siniscalcherie, d'immediata giurisdizione dei parlamenti.

Questa legge è stata il preludio dell' assoluta separazione del contratto civile del matrimonio dal sacramento, separazione che ha servito di base a una libertà maggiore, ma a qual caro prezzo comprata e da quanti disastri preceduta!

§. IV.

Paragone delle leggi antiche colle nuove.

I.

Età necessaria per contrar matrimonio.

L'homme avant dix huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage. Code civil, tit. 5, num. 144.

144. Cod. Civ. Aut.

N. B. « I cittadini romani contraggono matrimonj legittimi quando son giunti alla pubertà. *Instit. de nuptiis, in procem.*

« Gli antichi volevano che si giudicasse la pubertà nei maschi non solamente dal numero degli anni, ma ancora dalla forza del corpo . . . Noi abbiamo ordinato, come degno della purità dei costumi di questo secolo, che la pubertà rimanesse fissa per i maschi dopo l'anno quattordicesimo compiuto, conservando per le femmine la regola degli antichi, cioè che sono giudicate abili al matrimonio dopo i dodici anni compiuti. » *Instit. quibus modis tutela finitur, in procm.* (79).

---

(79) Gli stoici, siccome riferisce Plutarco *in placit. hilos.*, avevano agli anni dodici fissata la pubertà della femmina ed ai quattordici quella del maschio. Quindi la celebre setta de' giureconsulti proculejani adetta alla stoica filosofia dalle predette epoche ripeteva la rispettiva pubertà del maschio e della femmina. Ma ai giureconsulti cassiani piaceva di ripeterla *ex abitu corporis Cassiani autem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes adparet.* V. Ulp. *in frag.* 12, 23. Virgilio descrivendo la pubertà di Lavinia abbraccia l'una e l'altra delle premesse opinioni: *Jam matura viro, jam plenis nubiiis annis. Aeneid. l.* 7, *v.* 53. Presso i Greci doveva essere in uso

Tale era l' antico nostro diritto. La prolungazione di alcuni anni è un bene per la società e per i minori stessi. L' esperienza lo prova.

---

l' ispezione del corpo per rilevare la pubertà. V. Scholiast. ad Aristoph. *in vesp. v.* 578. Triboniano, compilatore della costituzione di Giustiniano, che esiste nella L. *ult.* C. *quand. tut. esse desin.*, ha supposto che fosse in uso presso i Romani ancora una indecente ispezione del corpo per esaminare la pubertà del maschio: *Indecoram observationem in examinanda marium pubertate resecantes.* Ma alcuni eruditi, fra i quali Eineccio, *antiq. Roman. lib.* 1, *tit* 22, pensano che Triboniano abbia combattuto con le larve ed abbia abolito un uso non mai presso i Romani esistito. L' età di anni dodici nella femmina e di quattordici nel maschio per la validità del matrimonio, da Giustiniano prescritta, erasi portata agli anni tredici per le femmine ed ai quindici per i maschi dall' imperatore Leone nelle novelle sue costituzioni, *nov.* 74; ed a questa rispettiva età si erano attenuti li compilatori del ricordato progetto di Codice civile V. *cap.* 1, *art* 4. L' età di quindici anni nelle femmine e di diciotto nel maschio, prescritta dal nuovo Codice per il matrimonio, pare più conveniente agli oggetti primarj e secondarj della società conjugale. Nel diritto romano la così detta

11.

Dispense di età.

Le gouvernement pourra néanmoins, pour des motifs graves, accorder des dispenses d'âge. Cod. civ., num. 145.

N. B. Questi motivi gravi non possono essere che una prematura capacità, perchè le leggi della natura non sono in potere degli uomini (80).

---

plena pubertas del maschio era fissata agli anni diciotto, e in quest' età doveva l'adottante precedere l' adottato. V. *Inst. lib.* 1, *tit. XI*, §. 4. Per quale ragione? Perchè l' adozione imita la natura, perchè d' ordinario la fisica abilità alla generazione si sviluppa in quell' età, *et quod raro accidit praetereunt legislatores*. L. 6, D. *de legib.* In un Codice, che adotta la dissoluzione del matrimonio per il divorzio, dovevasi fissare un' età agli sposi, per cui si potesse senz' altro ritardo ottenere la procreazione della prole, di una prole, la di cui esistenza appone il più delle volte un tenero e dolce ostacolo alla funesta separazione de' conjugi.

(80) Ecco sull' oggetto medesimo della dispensa di età come ragiona l' imperatore Leone nella Nov. 109: *Atque hoc quidem quantum ad communem publicumque Reipublicae usum attinet, ita vetitum sit. Verum*

III.

149. Cod. Civ. Cont.

Consenso dei padri, madri, avoli e avole richiesto per i figli di famiglia che non sono giunti ai 25 anni per i maschi, ai 21 per le femmine. Tutore *ad hoc* dato ai figli naturali minori di 21 anni. Consiglio di famiglia in favore dei figli legittimi, minori, orfani di padre e madre, avoli ed avole.

Le fils qui n'a point atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a point atteint l'âge de vingt-un ans accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère. Cod. civ., ibid. num. 148.

---

si Imperator (ut saepe accidit) novam familiam conficiens et sponsalia, et consecratione peragendam conjunctionem infra praestitutos annos desponsandis decreto permittat, id nihil legi adversabitur. Licitum est enim, ut, quibus Deus universi terrarum orbis, tanquam familiae cujuspiam, administrationem demandavit, hi secus, quam lex, quae subditos devincit, praescribat, familias cogant.

La legge prevede il caso del dissenso di padre e madre: ella dà la preponderanza al padre, che l' ha dalla natura. *Ibid.*

Essa prevede negli articoli seguenti il caso della morte di padre e madre, o quello dell' impossibilità di manifestare la loro volontà: *gli avoli e le avole vengono sostituiti*, num. 150.

Ma questi avoli e queste avole sono di due linee: *in caso* di dissenso dell' avolo ed avola della stessa linea *basta il consenso dell' avolo.* Conseguenza dell' istesso principio .... *Se v' è dissenso tra le due linee, questa divisione equivale a consenso*, ibid., perchè in un tale equilibrio la volontà delle parti deve far pender la bilancia in favor loro (81).

---

(81) La necessità del consenso paterno al matrimonio del figlio di famiglia era nel diritto romano una conseguenza della patria podestà. Ecco la causa per la quale non si richiedeva il consenso della madre, e nemmeno del padre medesimo, se il figlio fosse emancipato, oppure nato fuori di legittime nozze. Una sola eccezione aveva stabilito il nuovo diritto, quello cioè del Codice Giustinianeo riguardo alla figlia emancipata minore di 25 anni, la quale non

L'enfant naturel qui n'a pas été reconnu, et celui, qui, après l'avoir été, a perdu son père et sa mère, ou dont le père et la mère sont dans l'impossibilité de manifester leur

---

poteva maritarsi senza il consenso del padre, ed in di lui mancanza, della madre e parenti, dovendo pure interporsi l'autorità del giudice, se la volontà della figlia non fosse conforme al dissenso degli altri. V. la L. 18 e la L. 20, C. *de nupt* Ma nel Codice di Napoleone la ragione del consenso de' genitori al matrimonio de' figli è fondata su i primitivi rapporti che la natura ha stabiliti tra i genitori ed ulteriori ascendenti, e li figli ed ulteriori discendenti. Le leggi della natura non hanno circoscritta al solo padre l'autorità su i figli, ma l'hanno pure estesa alla madre. Presso le più colte nazioni dell'antichità erano così persuasi che li figli contro la volontà de' genitori non potevano contrarre il matrimonio, che neppure si credeva necessaria una legge apposita a tale oggetto. Gli antichi poeti della colta Grecia tramandarono alla posterità come per *tradizione* quest' istituto, che autenticato dall' efficacia del costume non aveva più bisogno di una legge per confermarlo: *Curam parenti de meis ego nuptiis permitto, non est illud arbitrii mei.* Così parla Ermione appresso Euripide *in Androm.*, *vers.* 987: *Lege maritali jungi non possumus ambo, cum nolit mater nolit pater*, diceva Ero, sebbene appassionata per il suo Lean-

volonté, ne pourra, avant l'âge de vingt-un ans révolus (époque de la majorité dans le droit nouveau, la même que l'antique majorité coutumière dans les fiefs) ne

---

dro, appresso Museo *vers.* 179, 180. Secondo l'editto del 1556 nella Francia il consenso della madre allora soltanto era necessario che il padre fosse morto, o altrimenti impedito a prestarlo. Il Codice per altro di Napoleone ha bensì preveduto il caso che al matrimonio del figlio acconsenta il padre, ma non ha egualmente contemplato il caso contrario che il padre dissenta e la madre vi acconsenta. In questo caso direi, che i riguardi di superiorità reclamati nella società di famiglia non solamente dalle leggi politiche, ma ancora dalle istituzioni della natura in favore del padre, dovessero accordare una preferenza alla volontà da esso manifestata. Rimane pure da vedersi, se il consenso della madre sia necessario allorchè la medesima passò a seconde nozze, oppure si sciolse per il divorzio il matrimonio. L'editto precitato nel 1556 permetteva ai figli anche minorenni di richiedere il consenso della madre rimaritata, senza essere obbligati ad aspettarlo. V. Astruc *trait. de mariag.*, *quest. premier.*, §. 2 Ritenuta la ragione essenziale su cui è fondata la necessità del consenso de' genitori al matrimonio de' figli, sarei di sentimento che il materno consenso debba pure richiedersi nell' uno e nell' altro de' premessi casi. La

pourra se marier qu'après avoir obtenu le consentement d'un tuteur ad hoc, *qui lui sera nommé.* Code civil, num. 159.

S'il n'y a ni père ni mère, ni aïeuls ni aïeules, ou, s'ils se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, leurs fils ou filles mineurs de vingt-un ans ne peuvent contracter mariage, sans le consentement du conseil de famille. Ibid., num. 160 (82).

N. B. L'editto del 1536, l'ordine del 1579, reso per il voto degli stati generali di quell'epoca, fissavano a trent'anni per i maschi, venticinque per le femmine l'età, alla quale era loro permesso il matrimonio, senza il consenso dei loro genitori, tutori e curatori. La legge non esigeva il

---

madre che passò a seconde nozze, o per il divorzio cessò d'essere unita al marito, ritiene ancora riguardo ai figli que' doveri e diritti che sono inerenti al carattere di madre ed affatto indipendenti dalle cessate relazioni tra il marito e la moglie. Perciò è chiaro, che non cessando la ragione della legge nè col passaggio a seconde nozze, nè col divorzio nel silenzio del Codice, il consenso della madre al matrimonio de figli debba indistintamente e senza alcuna eccezione richiedersi.

(82) V. il Codice *art.* 407 e *segg.*

consenso degli avoli e delle avole, se non nel caso che fossero stati tutori o curatori dei loro nipoti.

I V.

Obbligo imposto ai maggiori, di 25 anni per i maschj, di 21 per le femmine, di presentare prima della celebrazione del matrimonio un atto rispettoso e formale da essi fatto ai loro padri e madri, avoli ed avole per chiedere il loro consenso.

Les enfans de famille ayant atteint la majorité fixée par l'article 148, *sont tenus, avant de contracter mariage, de demander, par un acte respectueux et formel, le conseil de leur père et de leur mère, ou celui de leurs aïeuls ou aïeules, lorsque leurs pères et mères sont décédés, ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté.* Code civil, num. 151.

N. B. Questa obbligazione, come osserva il consiglier di stato Portalis, non deriva dall' autorità paterna, tale quale essa esisteva nel diritto romano. Come si vedrà in seguito, le nostre

nuove leggi non ammettono quest' autorità in tutta l'estensione che le leggi romane le davano: contuttociò, malgrado quel rigore, quest' autorità non oltrepassava la linea paterna: la madre, gli avoli o le avole materne non ne partecipavano in verun modo. Il nuovo Codice non esige dunque che un atto di rispetto, di pietà filiale prima di contrarre un impegno così importante, come quello del matrimonio: rispettabile motivo certamente, benchè la nuova legge offra alcuni inconvenienti relativi all' estensione ch' essa dà a quest' obbligo. L'esistenza, il domicilio d' un padre o d' una madre, o la loro morte, son cose ordinariamente note ai loro figli; ma non può dirsi altrettanto degli avi, che si dividono nelle due linee, paterna e materna. Se questa osservazione è giusta, riguardo ai tempi anteriori alla nostra rivoluzione, quanto lo è più, riflettendo al caos, allo scompiglio universale, in cui da quella noi fummo innabissati? Un atto di notorietà, direte voi, registrato dal tribunale di prima istanza, sulla requisizione e colla adesione del ministero pubblico vi supplisce? Quest' atto istesso è un impedimento opposto al più favorevole tra i contratti. Il funzionario pubblico è autorizzato dalla legge a negar di ricevere la dichiarazione delle parti sopra il matrimonio che si propongono di contrarre, sinchè a lui consti che sono

state osservate tutte le formalità. E s'egli non se ne assicura e passa oltre, cosa accadrà? Sarà nullo il matrimonio? La legge non lo dice: la sua disposizione non lo suppone, perchè i due sposi sono giunti a quella matura età che dalla legge richiedesi per autorizzarli a contrar matrimonio, senza esigere il consenso de' loro genitori (83).

L'editto del 1556, la dichiarazione del 1697 obbligavano i figli di famiglia, anche maggiori di 30 anni per i maschj e venticinque per le femmine, a fare ai rispettivi padre e madre delle rispettose esposizioni (84) per sottrarsi alla disereda-

---

(83) Il Concilio di Trento nella sess. 24 *de reform.* dichiara, che la santa Chiesa di Dio ha sempre detestato e proibito i matrimonj contratti dai figli senza il consenso de' genitori: *Sancta Dei Ecclesia ex justissimis causis ea semper detestata est et prohibuit.* Con tutto questo il medesimo Concilio minaccia l'anatema a quelli che sostengono la nullità del matrimonio per mancanza del consenso paterno: *Damnandi sunt hi, qui falso affirmant matrimonia a filiis familias sine consensu parentum, contracta irrita esse et parentes tamen rata vel irrita facere posse.*

(84) *Sommation* è un atto, con il quale s' interpella alcuno a fare qualche cosa. Quest'atto è frequentemente necessario per costiture *in mora* le per-

zione che le precedenti leggi autorizzavano i genitori a pronunziare contro i figli se trascuravano questa formalità. Ma 1.° essa non si esigeva che dai figli verso i genitori, senza rimontare ad altro ascendente. 2.° L' ommissione di questo atto, che per l' istesso suo nome pareva un tenero rimprovero dei figli ai genitori di non avere più sollecitamente provveduto al loro stabilimento, non cagionava in verun modo nullità di matrimonio.

V.

Intrinseche ed estrinseche formalità.

Contr. 175. Cod. Civ. Aust.

Le mariage sera célébré *publiquement, devant l'officier civil du domicile de l'une des parties.* Code civil, chap. II, num. 165.

N. B. L' articolo 17 dell' editto, nov. 1787, si serviva di un' espressione, in forza della quale il contratto civile restava ancor più separato dalle cerimonie religiose, che l'accompagnarono presso i popoli tutti (85). « I contraenti si recheranno

---

sone obbligate, ed ottenere così una condanna corrispondente agli effetti legali della mora. *Sommations respectueuses* sono le domande che fanno i figli ai genitori perchè acconsentano al loro matrimonio.

(85) *Habet enim connubium religionem in se quan-*

nel domicilio del giudice, o del curato o del vicario (considerati non come ministri del culto, ma come pubblici funzionarj), e dichiareranno che si prendono in legittimo matrimonio e si promettono fedeltà (86). »

---

dam non modo apud nos, qui secundum christianam veritatem inter sacramenta matrimonium censemus, sed apud vetustissimos quoque qui de religione a virtute aberrabant, quod quidem ex connubii nomine cernere licet. Nubere enim apud priscos operire ac tegere significavit; unde nuptias dictas Varro asserit, quod sponsus et sponsa eodem flammeo a sacerdote operiebantur. Patric. *de instit. reip. lib. 4, tit. 3.*

(86) Il matrimonio fra i cattolici per la benedizione del sacerdote si eleva alla dignità del sacramento: è adunque questa religiosa cerimonia un *accessorio* al matrimonio, considerato principalmente sotto il rapporto di civile contratto. Quindi la dichiarazione, di cui parla l'Autore, costituisce essenzialmente il matrimonio: *Consensus facit nuptias.* Perciò le persone ecclesiastiche nel caso qui indicato non possono figurare come ministri del culto, ma soltanto come pubblici funzionarj. Non possono figurare come ministri del culto, perchè non trattasi della cerimonia che imprima nel matrimonio l'augusto carattere di sacramento, ma dell'atto stesso che forma la sostanza del contratto.

La parola *celebrato*, di cui si serve la legge nuova, corrisponde all'opinione dei giureconsulti, dei canonisti e del maggior numero dei teologi anche cattolici, i quali considerano le parti nel loro mutuo consenso come i veri ministri del sacramento. Il funzionario pubblico assiste soltanto come quinto testimonio, necessario per dare all'atto tutta l'autenticità (87); il ministro del culto

(87) È nota la questione tra i teologi e i canonisti: se il parroco sia ministro del sacramento, o soltanto vi assista come testimonio. Siccome per una consuetudine di assai lungo tempo fra i cattolici si celebrava alla presenza del parroco il matrimonio considerato ancora come contratto, così più verosimile doveva essere l'opinione di coloro, i quali insegnavano, che a quest' atto il parroco intervenisse come un solenne testimonio per darvi tutta l' autenticità.

Ma essendo giusta il nuovo diritto separata la dichiarazione delle parti, che forma essenzialmente il contratto, dalla cerimonia religiosa che lo eleva alla dignità di sacramento, le parti non si presentano al sacerdote che all' oggetto di avere la benedizione del matrimonio già celebrato avanti l'uffiziale civile. Fissata pertanto questa separazione, non avrei difficoltà ad opinare, che il sacerdote benedicendo soltanto il seguito matrimonio sia il vero ministro del sacramento, che con la sua benedizione vi si aggiugne.

vien dopo lui, ed implora le celesti benedizioni sopra gli sposi. Così fu sul principio della creazione. « Dio li creò maschio e femmina, e li benedì, e disse: Crescete e moltiplicate, e riempite la terra. » *Genesi, cap.* 1, *v.* 27 *e* 28.

V I.

Della pubblicità dei matrimonj e del domicilio delle parti.

Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera deux publications, à huit jours d'intervalle, un jour de dimanche, devant la porte de la maison commune. Ces publications et l'acte qui en sera dressé, énonceront les prénoms, noms et profession et domiciles de leurs père et mère. Cet acte énoncera, en outre, les jours, lieux et heures où les publications auront été faites. Il sera inscrit sur un seul registre, qui sera coté et paraphé, et déposé, à la fin de chaque année, au greffe du tribunal de l'arrondissement. Code civil, tit. II, chap. III, num. 63.

Si le mariage n'a pas été célébré dans l'année, à compter du délai des publications, il ne pourra être célébré, qu'après

que de nouvelles publications auront été faites dans la forme ci-dessus préscrite. Ibid. num. 65.

N. B. In linguaggio di cancelleria queste, altre volte, chiamavansi lettere di *surannation* (88). Il solo interesse del sigillo aveva introdotto questo abuso ; ora la disposizion della legge presenta un vero e reale interesse, cioè il timore che quelli i quali avrebbero diritto di opporsi al matrimonio, non avessero perduto di vista un progetto che credessero abbandonato.

Les deux publications ordonnées par l'article 63 seront faites à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes aura son domicile. Ibid., chap. II, num. 166 (89).

---

(88) *Lettres de surannation* sono propriamente le lettere di cancelleria che si ottengono per far valere le lettere di antica data. Tutte le lettere di cancelleria non valevano che per un anno. Perciò le lettere *de surannation* erano di spesso necessarie.

(89) Le pubblicazioni di matrimonio sono pure prescritte nel diritto ecclesiastico, giacchè nella migliore disciplina della chiesa furono sempre abborriti i matrimonj *clandestini.* Era quindi comune l'insegnamento de' canonisti, che quando i contraenti

Si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence, les publications seront faites, en outre, à la municipalité du dernier domicile. Ibid., num. 167 (90).

Si les parties contractantes, ou l'une d'elles, sont en puissance d'autrui, les publications seront, en outre, faites à la municipalité du domicile duquel elles se trouvent. Ibid., num. 168 (91).

Le gouvernement, ou ceux qu'il proposera à cet effet, pourront, pour des causes graves, dispenser de la seconde publication. Ibid., num. 169 (92).

---

abbiano domicilio in diverse parrocchie, le pubblicazioni debbansi fare nell'una e nell'altra; e se l'uno de' contraenti abbia più di un domicilio, che le pubblicazioni debbansi fare nel luogo ove a più lungo tempo dimora: *de son principal manoir*. V. Barbosa *de off. et pot. episcop. part.* 2, *alleg.* 2. Vanespen *de jure ecclesias. univ. part.* 2, *tit.* 12, *num.* 8.

(90 V. l' editto del mese di marzo 1697.

(91) Quest' articolo è tutto nell' editto precitato.

(92) Le cause gravi sarebbero p. e. 1. Il fondato sospetto che alcuno maliziosamente frapponga un ingiusto ostacolo al matrimonio. 2. Il pudore de' contraenti, quando cioè la pubblicazione del loro matri-

Il numero 170 riportato qui sopra, tit. I *delle regole comuni ad ogni diritto*, conferma i matrimonj fatti in paese estero, *secondo la forma usitata nel paese.*

Dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire de la république, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger, sera transcrit sur le registre publique des mariages du lieu de son domicile. Ibid., num. 171.

Con queste precauzioni i magistrati, autori del nuovo Codice, hanno pensato che

---

monio potesse arrecare ad essi, o all'uno de' medesimi onta e disprezzo. 3. Se il matrimonio da pubblicarsi togliesse di mezzo il preesistito concubinato fra i contraenti, comunemente riputato per matrimonio. 4. Se il matrimonio si volesse contrarre con donna, di cui lo sposo si fosse già abusato, ed altronde vi fosse da temere che ritrattasse la sua dichiarazione, rendendosi noto a quelli che potrebbero coi loro suggerimenti distornarlo. 5. Se dopo gli sponsali lo sposo fosse obbligato ad allontanarsi per lungo tempo. 6. Se un uomo in *extremis* della sua vita volesse contrarre matrimonio con la concubina, all' oggetto di assicurare il di lei stato e quello de' figli naturali, e così acquietare il rimorso della sua coscienza.

era superfluo il rinnovare le leggi penali portate contro lo scandalo dei matrimonj tenuti segreti sino alla morte di uno dei due sposi.

« La libertà dei matrimonj (dice il Portalis) non avendo più da lottare contro i pregiudizj che la molestavano, i cittadini non hanno più interesse a nascondere alla pubblica notizia un matrimonio che non cercano di traffugare all' occhio della legge. Nello stato attuale delle cose il matrimonio vien celebrato in presenza del pubblico funzionario, ed è celebrato nella casa del comune. Il funzionario non ha veruna facoltà personale di cangiare il luogo, nè di modificare le formalità della celebrazione: non è incaricato che degl' interessi della società. Convien ricorrere al governo per ottenere dispensa da una delle due pubblicazioni. Il segreto diventa impossibile: non potrebbe essere che l' opera della frode (e allor non sarebbe più un matrimonio segreto, ma un matrimonio clandestino, la nullità del quale è pronunziata da tutte le leggi). Invano i due sposi cercherebbero precauzioni per nascondere in tutto il tempo della lor vita

un' unione già per necessità pubblicamente formata. Segue da ciò chiaramente che dee sparire il timore de' matrimonj segreti, perchè son tolte le diverse cause che li producevano. » *Discorso del Portalis.*

Così pur sia, malgrado la ruggine del tempo che guasta i più solidi edifizj; malgrado i pregiudizj dell' orgoglio, riprovati dalla legge, ma non perciò sradicati dal cuore e dalla mente degli uomini; malgrado i falsi riguardi che pur troppo assai spesso si hanno per privati interessi; finalmente malgrado la licenziosità, origine d' ogni delitto resa audace dal solletico di una falsa libertà!

Mettiamo in confronto le antiche leggi con questi dettagli, e abbiasi il coraggio di francamente paragonare.

Prima di benedire il nodo indissolubile l'antica ecclesiastica disciplina voleva che la promessa del matrimonio fosse santificata dalla pia cerimonia degli sponsali. Questa dilazione non era già solamente un atto di religiosa pietà: era stata intenzione del legislatore, dice Sant' Agostino, di rendere la futura sposa più cara allo sposo, d' accre-

scere il reciproco loro amore con questo stesso ritardo. *Institutum est ut jam pactæ sponsæ non statim tradantur, ne vilem habeat maritus datam, quam non suspiravit dilatam.* Sant' Agostino, *apud Gratianum, can. institutum*, causa 27, quest. 2.

Il matrimonio era preceduto da tre bandi o pubblicazioni in tre domeniche o feste solenni, dopo un competente intervallo, alle prediche delle parrocchie del domicilio di ciascuna parte, alle prediche delle parrocchie dei loro padri e madri, tutori o curatori che davano un autentico certificato.

Il vescovo poteva dispensare dalla seconda e terza pubblicazione, ma solamente dopo fatta la prima.

« I nostri sudditi *non potranno validamente contrar matrimonio*, senza previa proclamazione dei bandi, fatta per tre giorni di festa con intervallo competente, *di cui non si potrà ottenere dispensa se non dopo fatta la prima pubblicazione*, e ciò unicamente per qualche legittima urgente causa e a requisizione dei prossimi parenti delle parti contraenti. » *Ordine di Blois, art.* 40.

La legge dichiarava che *non si poteva contrar matrimonio senza previa pubblicazione*: eppure la giurisprudenza non dichiarava que' matrimonj *invalidamente contratti* (95).

---

(96) Fu celebre la questione tra i giureconsulti e i canonisti francesi: se le pubblicazioni fossero essenziali al matrimonio, in guisa tale che dalla loro mancanza ne risultasse la nullità, oppure una semplice necessità di precetto, la quale non entra nella sostanza del contratto civile. V. singolarmente Lovet e Brodeau, *lett.* M., *somm.* 6. Feuret, *Traité de l'abus liv.* 5, *chap.* 2, *num* 19 *et suivant.* Gerbais, *Traité du pouvoir de l'Eglise et des Princes, concernant des empéchemens de mariage.* La giurisprudenza dei parlamenti del regno aveva deciso la questione con una distinzione. Ne' matrimonj de' maggiori d' età e non soggetti all' altrui podestà il difetto delle pubblicazioni non era un motivo per annullarli, ma per i minori e per i figli di famiglia cotale mancanza doveva essere una causa di nullità del loro matrimonio, attesa la violenta presunzione di subordinazione che toglie la libertà del consenso. V. *Journal des audiences tom.* 1, *lib.* 2, *chap.* 122. *Journal du Palais tom.* 1. Tournet, *lett.* B, *num* 9. Hericourt, *lois ecclesiast. part.* 3, *chap.* 5, *num.* 21. Non è però da contrastarsi che in più luoghi, ove la dominante religione de' protestanti non riconosce nel matrimonio l' accessoria qualità di sacramento, l'ommissione delle

La mancanza di pubblicazione non era considerata che come una presunzione e un principio di prova di clandestinità. La legge non permetteva dispensa dal secondo e terzo bando, se non dopo fatto il primo; e le dispense da tutti tre eransi rese quotidiane. La legge non permetteva dispensa dal secondo e terzo bando che per qualche urgente e legittima causa; e il pretesto il più frivolo bastava per autorizzare la dispensa di tutti tre i bandi: tanto son soggette anche le leggi più sagge a cadere in dissuetudine!

Non così accadde della necessità che fosse presente il proprio curato delle parti.

---

pubblicazioni non induce la nullità del matrimonio, ed è su quest' oggetto adottata la distinzione canonica tra il matrimonio *legittimo e rato*. — *Neglecta tamen publicatio non habet poenam nullitatis. Ideoque si aliunde probetur consensus matrimonialis, habetur pro conjugio, et liberi inde nati sunt legitimi.* Huber. *instit. jur. Frisici lib.* 1, *cap.* 3, *n.* 3, *et in Jurispr. Hod. lib.* 1, *cap.* 5, §. 24. — *Nota est distinctio canonica, et passim recepta inter protestantes etiam extra Belgium foederatum inter matrimonium legitimum et ratum.* Wieling *in not.* ad Hub. *cit. n.* 3.

« Proibiamo a tutti i curati e preti, regolari e secolari di congiungere in matrimonio altre persone che i loro veri e ordinarj parrocchiani, dimoranti attualmente nelle loro parrocchie *almeno da sei mesi*, riguardo a quelli che dimoravano in un' altra parrocchia della stessa città e diocesi: e *da un anno* per quelli che dimoravano in un' altra diocesi. » *Editto del mese di marzo* 1697.

Ma qual era il vero curato delle parti domiciliate in due diverse parrocchie? Una sentenza del parlamento di Parigi sul principio del secolo passato serve di risposta. Le parti conservavano la libertà della scelta del ministro del sacramento, a condizione però che l' altro vi concorresse, dando un certificato di una pubblicazione almeno nella sua chiesa.

Quanto ai minori i principj sono gli stessi nell' uno e nell' altro diritto.

« Dichiariamo che il domicilio dei figli e figlie di famiglia, minori di 25 anni (era quella l' epoca della maggiorità in allora), per la celebrazione dei matrimonj, è quello dei loro padri e madri, tutori o curatori,

dopo la morte dei detti loro padre e madre: e in caso che essi abbiano altro *domicilio di fatto*, ordiniamo che i bandi saranno pubblicati nelle parrocchie ove dimoreranno, e in quelle dei loro padre e madre, curatori o tutori. *Ibid.*

Eppure la mancanza di pubblicazione *nel domicilio di fatto* non rendeva nullo il contratto.

In un ordine di cose, che spera la benedizion nuziale del contratto solenne delle parti, può bastare un solo registro, numerizzato e sottoscritto dal magistrato, dalle parti, dai testimonj e dal pubblico funzionario, depositario tanto dell' atto civile, quanto delle formalità che l' hanno preceduto ed accompagnato. *Cod. civ. tit. II, cap. III, num.* 63). Eppure l'editto di novembre 1787, che tra noi per la prima volta ha introdotto questa distinzione, ne aveva stabilito due nei tribunali preposti a ricevere tali dichiarazioni. Secondo i termini dell'ordinanza 1667, tit. XX, art. VII, e soprattutto della dichiarazione 9 aprile 1736, due registri gemelli, per dir così, assicuravano lo stato degli uomini: uno che dovea rimaner

nelle mani del curato o vicario della parrocchia, ov' era seguita la benedizione nuziale: l'altro da deporsi dal ministro del culto ogni anno nell' uffizio o cancelleria dei baliaggi e siniscalcherie, che dipendevano immediamente dai parlamenti (94).

VII.

Impedimenti proibitivi o dirimenti (95), opposizioni, dimande per nullità.

Ciò che abbiam detto degli sponsali o promesse di matrimonio futuro, della neces-

---

(94) Li due registri del seguito matrimonio e delle formalità che lo precedettero, ordinati nella citata dichiarazione 9 aprile 1736, si conciliano benissimo con il duplice rapporto, sotto cui devesi considerare il matrimonio in uno stato, ove la religione cattolica sia esclusivamente dominante. Il registro, che si dovea deporre nell' uffizio o cancelleria dei baliaggi o siniscalcherie, riguarda il matrimonio come un civile contratto subordinato alla podestà politica, e l' altro, che deve rimanere presso il parroco, non può non riguardare lo stesso matrimonio come un sacramento, e quindi un oggetto dell' ecclesiastica disciplina.

(95) *Proibitivi* o *dirimenti* non sono perfettamente *sinonimi*. Non tutti gl' impedimenti *proibitivi* sono

sità del consenso di padre e madre, avoli ed avole al matrimonio dei loro figli o nipoti in età minore, basta per fare intendere ciò che chiamasi impedimento proibitivo.

---

anche dirimenti. Se i figli maggiori dell' età prescritta omettono l' atto rispettoso per avere dai genitori l' approvazione del loro matrimonio, l' uffiziale dello stato civile non può celebrarlo: e se lo ha celebrato, il matrimonio non ha nullità. Ecco un impedimento *proibitivo*, ma non *dirimente*. È celebre la distinzione che fanno i canonisti fra gl' impedimenti *impedienti* e gl' impedimenti *dirimenti*. Per esempio il voto poteva essere un impedimento *impediente* ed un impedimento *dirimente*. Era soltanto *impediente*, se il voto fosse *semplice*. V. il *cap. meminimus* ed il *cap. rursus X qui clerici vel vovent etc.* Era poi *dirimente*, se il voto fosse *solenne*. V. il *cit. cap. meminimus*, il *cap. votum de vot. et vot. redempt.* in VI, *Concil. Trid. sect.* 24, *de reform. cap.* 9. Questa distinzione d' impedimenti produsse una successiva distinzione di matrimonio in *rato* e *non legittimo*. Così il matrimonio contratto senza le precedute pubblicazioni, la cui mancanza nel diritto canonico era soltanto un impedimento *impediente*, si considerava *rato*, cioè valido, ma non *legittimo*, cioè non celebrato conformemente a tutte le prescrizioni ecclesiastiche.

VIII.

Chiunque potrebbbe chiedere nullità del matrimonio, se fosse contratto, ha diritto di formare opposizione alla sua celebrazione.

Esempj. La persona impegnata per matrimonio con una delle parti contraenti. *Cod. civ. c.* 3, *n.* 172.

I padri e le madri, e in loro mancanza gli avoli e le avole, se i congiunti o l'un d'essi sono minori. *Ibid.* 173.

Il fratello e la sorella, il zio e la zia, il cugino e la cugina germana, 1.° quando non è stata ottenuta l'autorizzazione del consiglio di famiglia: 2.° se pretendono che uno dei congiunti è in demenza. *Ib.* 174 (96).

---

(96) Ove il matrimonio dai figli e dai minori dell'età determinata non si possa contrarre senza l'autorizzazione de' genitori ed altri ascendenti, o del consiglio di famiglia, ne viene di evidente conseguenza che la nullità del medesimo matrimonio si possa invocare non solamente dagli stessi contraenti, ma ancora dalle persone il cui consenso è necessario ad *integrare* quello delle parti. Quella stessa stes-

IX.

Ogni opposizione fondata sulla demenza dell' una delle parti contraenti deve, s'è ammessa, essere seguita dalla interdizione.

Alla dimanda dell' opponente, o in mancanza di quella, dal pubblico ministero, al-

sissima ragione, che persuase i savj legislatori a volere, siccome un essenziale requisito per il matrimonio de' figli e de' minori, il consenso delle nominate persone, è pure vegliante per dare ad esse il diritto di opporsi al matrimonio già seguito, se vi sia nullità; e sarebbe ben assurdo, che siccome questa ragione è fondata sull'interesse de' figli e de' minori, e sul timore di vederli precipitare in impegni vergognosi od inconsiderati, dovesse essere operativa allora soltanto che si tratta di contrarre un matrimonio, e dovesse tacere quando sia già contratto, ed esista un motivo di nullità per impugnarlo. Quanto poi al caso contemplato di demenza dell'uno de' congiunti, crederei che siccome ognuno de' parenti è ammesso a provocare l'interdizione, la quale viene di conseguenza all'opposizione di demenza se sia riconosciuta, V. l' *art.* 490, così ognuno de' parenti abbia egualmente il diritto di reclamare la *nullità* del matrimonio per il medesimo motivo di demenza manifestata in uno de' conjugi.

trimenti vi sarebbe contraddizione. *Cod. civ. tit.* 11, *c.* 2, *n.* 491.

X.

Due specie d' impedimenti dirimenti: alcuni tengono alla forma dell'atto; possono essere opposti da tutti quelli che vi hanno interesse, e, in mancanza loro, dal pubblico ministero, che ha diritto di chiedere ammenda tanto contro l'ufficiale che ha contravvenuto alla legge, quanto contro le parti, anche nel caso che non fosse pronunciata nullità di matrimonio. Altri riguardano la sostanza dell' atto: questi si suddividono in impedimenti *assoluti*, che possono essere opposti da tutti quelli che vi hanno interesse, e, in mancanza loro, dal pubblico ministero: e in impedimenti *relativi*, che nessuno può opporre, fuorchè quelli in favore de' quali sono stati stabiliti (97).

---

(97) Questa teoria è della massima importanza. Gl' impedimenti *dirimenti* che riguardano la [illegible]

X I.

Impedimenti che tengono alla forma dell' atto.

Tout mariage, qui n'a pas été contracté publiquement, qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par tous ceux qui y ont intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public. *Cod. civ.* c. 4, *n.* 191.

Si notin bene quelle parole *interesse nato e attuale*, perchè il vasto campo dei timori, delle

---

dell' atto sono *assoluti*, perchè sono di ordine pubblico le formalità prescritte al matrimonio. Se tacciono le parti, se tace chi hà interesse per la nullità del matrimonio, non deve tacere il pubblico ministero: *Quae juris publici sunt privatorum conventionibus tolli nequeunt.* Ma gl'impedimenti che riguardano la sostanza dell' atto non devono tutti essere *assoluti.* Il *diritto*, dice benissimo il sig. Portalis nel citato suo rapporto, *di potersi opporre ad un matrimonio fu riconosciuto utile ed indispensabile, ma non deve perciò degenerare in un'azione popolare; debbe essere limitato a certe persone e a certi casi, a meno che non si voglia far divenire ciascun matrimonio un' occasione di scandalo o di disturbo nella società.*

congetture, ciò che le leggi romane chiamano *futurum gravamen* « un carico futuro ma incerto » non danno veruna azione (98).

Si le mariage n'a point été précédé des deux publications requises, ou s'il n'a pas été obtenu des dispenses permises par la loi, ou si les intervalles prescrits dans les publications n'ont pas été observés, le commissaire du gouvernement fera prononcer contre l'officier public, une amende qui ne pourra excéder 300 francs, ou contre les parties contractantes et ceux sous la puissance desquels elles ont agi, une amende proportionnée à leur fortune. Cod. civ. Ibid. n. 192.

Les mêmes peines prononcées par l'article précédent, seront encourues par les personnes qui y sont désignées, pour toute contravention aux règles prescrites par l'article 165, lors même que ces formalités ne seront pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage. Ibid. n. 193 (99).

---

(98) *Quatenus, cujus intersit, in facto non in jure consistit.* Così nella L. 24, D. *de reg. jur.*, alla quale V. l'eccellente commentario di Giacomo Gottofredo.

(99) L'uffiziale dello stato civile, che deve cele-

N. B. Nell' antico nostro diritto , quando si presentavano motivi di nullità risultanti da mancanza di formalità esteriori , specialmente della presenza del proprio curato , la dichiarazione del marzo 1697 comandava ai parlamenti , ove erasi fatto l'appello come d' abuso , e agli altri giudici ed ufficiali , di *rimandare le parti agli arcivescovi e vescovi* per procedere alla riabilitazione (100).

---

brare il matrimonio , non può non essere risponsabile dell'esatto adempimento di quelle formalità che le leggi per questo atto hanno stabilito. Se pertanto il matrimonio non è celebrato conformemente alla forma prescritta , l' uffiziale è colpevole di una trasgressione de' doveri inerenti alla propria carica ; ne risulta un delitto e merita la punizione.

(100) Allorchè nello stato è dominante la cattolica religione , la quale , mediante la benedizione del sacerdote , imprime nel matrimonio il carattere di sacramento , è incontestabile che per una nullità assoluta , di cui sia viziato il matrimonio come contratto civile , non ha potuto quest' atto elevarsi alla dignità di sacramento , perchè l' *accessorio* non sussiste , ove manchi il *principale*. Volendosi pertanto rinnovare il matrimonio , deve pure rinnovarsi in faccia alla chiesa , perchè acquisti que' rapporti religiosi che dapprima non aveva.

XII.

Impedimenti che tengono alla sostanza dell' atto, sia che possano essere appoggiati su i *fins de non-recevoir* (101), o che nol possano.

Tout mariage contracté en contravention aux dispositions des articles 144, 147, 161, 162 *et* 163, *peut être attaqué, soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, ou par le ministère public.* Cod. civ. c. 4, n. 178 (102).

---

(101) *Fins de non-recevoir* sono eccezioni pregiudiziali, le quali escludono l' istituzione del giudizio sul merito della causa. Come, per esempio, se si opponesse alla donna che abbia promosso l'azione senza l'assistenza del marito, oppure la prescrizione per il lapso del tempo alla stessa azione: così pure se a chi reclama un diritto appartenente originalmente ad un altro si opponesse la mancanza del carattere rappresentativo del principale creditore.

(102) Ecco un esempio degl' impedimenti *dirimenti*, che tengono alla sostanza dell' atto, e sono *assoluti*. L' impedimento derivante dal difetto dell' età e da un matrimonio preesistente riguardo alle parti, ed

Difetto di età. Il matrimonio contratto fra sposi che non avavano l' età competente è nullo.

Ciò nonostante non può essere attaccato, 1.° quando son passati sei mesi dopo che lo sposo o gli sposi son giunti all' età competente: 2.° quando la donna, che non era giunta all' età, avea concepito prima della scadenza dei sei mesi. *Ib. c.* 4, *n.* 185 (103).

---

all' una di esse è *assoluto*, e può quindi essere opposto anche dal pubblico ministero. La prescrizione dell' età, riguardo al matrimonio, è di ordine pubblico. Il silenzio delle parti di quelli che vi hanno interesse non può autenticare un atto, che la legge non permette di celebrarsi prima dell' età prescritta. Il difetto dell' età importa una nullità radicale al matrimonio, ed impedisce che in faccia del pubblico sia considerato per un atto che la società protegge e riguarda come un civile contratto. Con più di ragione dev' essere *assoluto* l' impedimento derivante da un matrimonio preesistente. Se fosse in libertà de' privati il reclamare la nullità che ne risulta, oppure dissimularla, sarebbe pure in loro arbitrio il permettere una poligamia simultanea contro la legge dello stato, che vuole la congiunzione di un solo con una sola.

(103) Nel matrimonio contratto contro le prescri-

Difetto di libertà, di due specie: come coperto nel primo significato di questa parola, non nel secondo.

Il n'y a point de mariage, lorsqu'il n'y a point de consentement. Ibid. c. 1, n. 146.

---

zioni della legge per ben più casi non si verifica il noto principio: *Quod ab initio nullum est tractu temporis nequit convalescere.* Questa regola *catoniana* anche nel diritto romano non era attendibile che negli atti di ultima volontà. Ove trattasi di semplice consenso, che non esige alcuna formalità, può essere questo o espresso o tacito, e la legge può benissimo dichiarare che il silenzio a un tempo da essa determinato induca il consenso tacito per presunzione di diritto. Inoltre l'atto, la cui nullità dipendeva soltanto dal consenso non manifestato in età abile, viene a riconvalidarsi con il successivo consenso o espresso o tacito legalmente verificato. Ha quindi il consenso desunto dal silenzio di sei mesi successivi all'età competente la forza di *retroazione*: *Cum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur et confirmet ea quae ab initio subsecuta sunt.* Così l'imperatore Giustiniano nelle L. *ult.* C. *ad SC. Macedon.* Dalla L. 9, D. *de sponsalib.* pare potersi rilevare, che presso i Romani fosse in uso il matrimonio ancora avanti all'età prescritta: *Quaesitum est apud Julianum, an sponsalia sint ante*

N. B. La prova principale del difetto di libertà è *l' errore nella persona*, ciò che non s' intende già degli accessorj, come la nascita, i beni, l'educazione ec. ec., ma della sostituzione di un individuo ad un altro, di *Lia* a *Rachele. Cap. ad nostram, de conjugiis serv.*

Lorsqu'il y a erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur. Ib. n. 180.

---

duodecimum annum, si fuerint nuptiae collatae. Simiglianti nozze per altro non avevano gli effetti civili che dopo compiuta l' età prescritta: *Minorem annis duodecim nuptam, tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset duodecim annos.* L. 4, D. *de rit. nupt.* Anche nel diritto canonico, sebbene si fosse per il matrimonio adottata l' età prescritta dal diritto romano, si ritiene per valido il matrimonio, ogni qualvolta, non ostante la debolezza dell' età, vi fosse negli sposi la fisica abilità per consumare il matrimonio, e che in effetto l' avessero consumato. V. il *cap. a nobis* 8, ed il *cap. de illis* 9, X *de despons. impub.* Anzi dal *cap. pubere*, 3 del *cit. tit.*, si rileva ad evidenza, che *pubere* s'intende pure colui, il quale *ex habitu corporis pubertatem ostendit et generare jam potest.* V. la glosa al d. c.

E chi avrebbe diritto di lamentarsi di violenza o di dolo, quando chi lo prova osserva il silenzio?

« Nel caso dell' articolo precedente la dimanda di nullità non è più accettabile, ogni qualvolta vi sia stata coabitazione continua per sei mesi, *dopo che lo sposo ha acquistata la sua libertà e che l'errore è stato scoperto.* » Ib. n. 181 (104).

---

(104) Secondo il diritto romano la donzella rapita non poteva in alcun caso contrarre valido matrimonio con il rapitore. V. la L. *unic.* C. *de rap. virg.* e le *nov.* 143, 150. I più antichi capitolari de' Re di Francia erano conformi alle costituzioni de' romani imperatori. Graziano nel suo decreto ci riporta un canone corrispondente dell' antica chiesa: *Placuit ut ii qui rapiunt foeminas, perfurantur, aut seducunt eas nullatenus habeant uxores, quamvis eis postmodum conveniat, aut eas dotaverit, vel nuptializer consensu suorum parentum acceperit, can. II, caus.* 3, *quest.* 2. Questa rigorosa massima fu raddolcita dalle decretali posteriori de' pontefici: *Rapta puella legitime contrahit cum raptore, si prior dissensio transeat postmodum in consensum, et quod ante displicuit tandem incipiat complacere.* V. il cap. 7, X *de raptor.* Il Concilio di Trento appose qualche cautela per assicurarsi del libero consenso della don-

N. B. Quest'ultime parole contengono una regola comune a tutto il diritto, cioè che la prescrizione contra l'errore o il dolo non comincia che dal giorno in cui l'errore o la frode sono stati scoperti: *a die detectae fraudis*, dicono le leggi romane.

I canonisti danno un altro senso al difetto di libertà, che può chiamarsi difetto di libertà di diritto, e risulta da un primo sussistente matrimonio.

Considerato in questo aspetto, il difetto di libertà presenta una nullità radicale, che non può essere coperta nè da decorso di tempo, nè dal consenso delle parti. Se queste tacciono, sarebbe dovere del ministero pubblico il procedere contro lo sposo poligamo, anche criminalmente: ed è conseguenza della indissolubilità del matrimonio (105).

---

zella rapita, e stabilì che la libertà di acconsentire non si potesse giammai presumere sintantochè fosse la medesima in potere del rapitore: *Inter raptorem et raptum, quamdiu in potestate raptoris manserit nullum posse consistere matrimonium. Sect.* 24, *cap.* 6 *de reform.* Alla sanzione tridentina conviene l'art. 3 dell'ordinanza del 1639.

(105) V. la nota (102).

L'époux, au préjudice duquel il a été contracté un second mariage, peut en demander la nullité, du vivant même de l'époux qui était engagé avec lui. Ib. n. 188.

Si les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement. Ib. 189 (106).

Le commissaire du gouvernement, dans tous les cas auxquels s'applique l'article 184 *et sous les modifications portées en l'article* 185, *peut et doit demander la nullité du mariage, du vivant des deux époux, et les faire condamner à se séparer.* Ib. 190.

XIII.

Ogni nullità relativa a qualche individuo non può essere opposta che da

---

(106) Lo sposo o la sposa, a cui pregiudizio si è contratto il secondo matrimonio, ha un vero diritto di reclamarne la nullità. Se venga opposta la nullità del primo ne insorge un' eccezione, che nel diritto romano dicesi *praejudicialis*, e nel diritto francese è una de' *fins de non-recevoir*, perchè impedisce la cognizione immediata sulla nullità del secondo matrimonio.

quelli in favor dei quali essa è stabilita, e che vi hanno interesse, secondo la massima del diritto naturale, che l'interesse è la misura delle azioni degli uomini (107).

Le mariage contracté sans le consentement des père et mère, des ascendans, ou

(107) È veramente classica la distinzione delle nullità in *assolute e relative*, ma non pere affatto convincente la ragione proposta dall' autore, e derivata da una massima del diritto naturale, che l' interesse è la misura delle azioni degli uomini. Diciamo piuttosto che l' indole delle cause su cui si appoggiano le nullità *relative* è tale, che gli oggett contemplati dal legislatore nello stabilirle sono verificati, o parli la persona, in cui riguardo si è la nullità introdotta, o con il silenzio al contratto matrimonio pr[illegible]ti un tacito consenso. Un esempio rischiara la cosa. Una figlia contrasse matrimonio senza consenso del padre. Il matrimonio è nullo. Se il padre, il quale non ignori questo matrimonio, tace, non deve un estraneo attaccarlo per un motivo di nullità che non gli appartiene. Il fine che ebbe la legge a volere il consenso del padre è pure verificato, allorchè potendo il medesimo impugnare il matrimonio della figlia, che non ignora, tace, e tacendo viene ad approvarlo.

du conseil de famille, dans le cas où le consentement est nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis, ou par celui des deux époux, qui avait besoin de ce consentement. Ib. 182.

N. B. Nell'antica giurisprudenza non avrebbero avuta azione di domandare scioglimento da un impegno che avessero volontariamente contratto; ma giacchè la legge non solo ha avuto in mira il rispetto dovuto ai loro genitori, ma anche di premunirli contro la leggerezza e la debolezza dell'età, perchè la legge non verrebb'ella in soccorso della loro fragilità, sotto le condizioni peraltro che ora spiegheremo (108)?

---

(108) Nell'antica giurisprudenza della Francia il matrimonio contratto dai figli senza il consenso de' genitori si riguardava come un'ingiuria ad essi personalmente arrecata. L'editto del 1556 permetteva perciò ai padri ed alle madri di diseredare i figli che si fossero collocati in matrimonio senza il loro consenso, le femmine avanti l'età di 25 anni ed i maschi avanti l'età di 30, e l'ordinanza del 1639, *art.* 2 portò più oltre il rigore di questa disposizione, avendo tolto ai genitori la libertà di rimettere cotale ingiuria, come se la contravvenzione fosse piuttosto alle leggi pubbliche del regno, che all'interesse

XIV.

Motivo di ricusar l'azione (109), il quale risulta dall'espressa approvazione di quelli dei quali il consenso era richiesto o tacito, o del silenzio di un anno, senza che abbiano intentata la loro azione (110).

---

particolare de' genitori, ed avendo dichiarato i medesimi figli e quelli che potevano nascere da tale matrimonio indegni ed incapaci della successione diretta e collaterale, e perfino del diritto di legittima.

(109) *Fin de non-recevoir*, V. la nota (101).

(110) Giustiniano nelle istituzioni voleva che il consenso del padre precedesse le nozze del figlio: *In tantum ut jussus parentis praecedere debeat.* Tit. *de nupt. in pr.* Insorse quindi fra gl' interpreti e commentatori del diritto romano celebre questione: se la successiva approvazione del padre potesse avere un effetto retroattivo, per cui le nozze del figlio si dovessero considerare legittime anche per il tempo, nel quale il padre non vi aveva ancora acconsentito. Il celebre Arnoldo Vinnio fra gli altri *mordicus* inerendo alla lettera del testo sostenne acremente, che il successivo consenso del padre non poteva legittimare le nozze per il tempo anteriormente decorso. All' opinione di Vinnio si oppose il dotto Ubero, e

L'action en nullité ne peut être intentée, ni par les époux, ni par les parens dont le consentement était requis, toutes les fois que le mariage a été approuvé expressément, ou tacitement par ceux dont le consentement était nécessaire, ou lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage. Ib. 183.

N. B. Così non era nell'antico nostro diritto. La ratificazione espressa o tacita dava luogo alla non-azione, e si opponeva all'appello come d'abuso: la sola prescrizione di trent'anni potava essere opposta al padre e madre, tutori e curatori, che reclamavano contro matrimonj contratti da minori ch'essi non avevano autorizzati; troppo tarde reclamazioni, quasi sempre

---

confutando magistralmente ed in dettaglio gli obbietti dell'avversario giustificò per l'indicato oggetto la retroazione del paterno consenso. V. Vinn. *in comment. ad instit. Justin. loc. cit.* Huber. *praelec. ad jus civ. tom.* 1, *lib.* 1, *tit.* 10, §. 10, *e tom.* 3, *lib.* 23, *tit.* 2, §. 5. Nel nuovo Codice si è decisa la questione in favore di Ubero, e diciamo pure in favore della ragione e della giustizia.

suggerite dal disgusto, dagl' interessi privati, dalle mire ambiziose di uno dei maritati.

XV.

Impedimenti dirimenti che risultano dalla parentela: in linea diretta, indefinitivamente: in linea collaterale, sino al secondo e terzo grado soltanto, cioè tra i fratelli e sorelle, zii e nipoti, e reciprocamente, salve in quest' ultimo caso le dispense che possono essere accordate dal governo.

En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendans et descendans, légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne. Cod. civ. c. 1, n. 155.

N. B. Affini si chiamano i parenti dell' uno dei due congiunti, relativamente all' altro. L' affinità non va al di là. I parenti del marito sono affatto estranei a quei della moglie (111).

---

(111) *Alliés* sono propriamente gli affini: *Adfines sunt viri et uxoris cognati: dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem*

En ligne collatérale le mariage est prohibé entre le frère et la sœur, et les alliés au même degré. Ib. n. 156.

N. B. L'orror dell' incesto di fratello colla sorella deriva dal principio della pubblica onestà (dice l'orator del governo). La famiglia è il santuario dei costumi : devesi appunto là evitare tutto ciò che li può corrompere. Certamente il matrimonio non è corruzion di costume ; ma *la speranza di matrimonio tra persone che vivono*

---

accedit : namque conjungendae adfinitatis causa fit ex nuptiis. Nomina vero eorum haec sunt : Socer, socrus, gener, nurus, noverca, vitricus, privignus, privigna . . . . Viri frater, levir. Viri soror, Glos dicitur. V. la L. 4, D. *de gradib. et adfin.* Essendo il matrimonio l'origine e la causa dell' affinità, ne viene di conseguenza che lo scioglimento del vincolo conjugale, in qualunque modo avvenga, disciog lie la stessa affinità. Giustiniano rischiara egregiamente la dottrina dell'affinità, la quale sebbene disciolta è d' impedimento alle nozze. *Socrum quoque et novercam prohibitum est uxorem ducere : quia matris loco sunt. Quod et ipsum dissoluta demum adfinitate procedit : alioquin si adhuc noverca est, idest si adhuc patri tuo nupta est : ideo impediuntur tibi nuptiae, quia eadem duobus nupta esse non potest, cit. tit. de nupt.,* §. 7.

sotto il tetto medesimo, che già sono eccitate da tanti motivi di accostarsi ed unirsi, potrebbe accendere colpevoli desiderj e cagionar disordini che lorderebbero la casa paterna.

Tal'è nelle nostre antiche leggi la vera causa della proibizione dei matrimonj tra parenti in linea collaterale: proibizione ben differente da quelle che riguardano la linea diretta, *così forti, così naturali*, come prosiegue a dire lo stesso oratore, *che hanno agito sopra quasi tutta la terra, indipendentemente da qualunque comunicazione.*

Questa proibizione sussiste in tutta la sua forza tra il fratello e la sorella; e le altre simili proibizioni formano mezzi di nullità, per natura loro assoluti, come si è detto di sopra all'art. XII. Ma questa incapacità, nel primo grado di collaterale, comprende essa indistintamente anche gli *affini*? Non potrà il governo in nessun caso accordare dispensa tra il cognato e la cognata, e reciprocamente, come per l'art. 158 si riserva d'accordarla tra lo zio e la nipote, la zia ed il nipote (112)?

---

(112) Nell'idioma italiano il nipote s'intende pure il figlio di fratello o di sorella del zio o della zia. *Nepos, neptis ex fratre vel sorore.* Alla proibizione del matrimonio tra zii e nipoti conviene pure il di-

Da tale questione ebbero origine i torbidi dell' Inghilterra. L' incostante Enrico VIII avea spo-

---

ritto romano per la ragione che vengono considerati *loco parentum et liberorum*. È celebre il senatusconsulto che si fece a bella posta per legittimare le nozze di Agrippina col di lei zio paterno Claudio imperatore. Quest' esempio, dice Tacito, *annal. lib.* 12, fu imitato da un solo, e generalmente si osservarono le antiche leggi, le quali su tale proibizione furono poi richiamate in osservanza dall' imperatore Nerva. Il rispetto indicato di parentela indusse i romani legislatori a proibire il matrimonio anche con il prozio e la prozia, verificandosi la medesima ragione: *Qua ratione verum est, magnam quoque amitam, et materteram magnam prohiberi uxorem ducere. Inst. tit. cit.*, §. 5. Anche la mosaica legislazione, che pure fu adottata nelle leggi d' Inghilterra, proibiva il matrimonio tra zii e nipoti. *Levit. cap.* 18. Riguardo all' affinità osservo che nel Codice di Napoleone, ne' citati articoli, non fu contemplata oltre il secondo grado di cognazione; onde se mi è proibito di prendere in isposa la sorella di mio padre, non mi è egualmente proibito di unirmi in matrimonio colla vedova di mio zio; ed osservo altresì, che pure conviene il diritto romano, sebbene alcuni interpreti abbiano opinato diversamente. Vedi la L. 17, C. *de nupt.* e la L. 5, C. *de incest. nupt.*

sato, con dispensa del papa, Caterina d'Aragona, vedova di suo fratello Arturo, morto senza posterità. Preso da violentissima passione per Anna di Boleno, una delle damigelle della regina, chiede a Clemente VII che sia dichiarata nulla la dispensa accordatagli dal di lui predecessore Giulio II, e perciò che resti pure annullato il matrimonio seguitone. Per appoggiar la dimanda si ricorre a scolastiche sottilità. Il cap. 18 del Levitico, v. 18 vieta a un fratello lo *scoprir le vergogne della sposa del fratel suo:* il papa, soggiungesi, non può accordare dispensa da leggi divine; eppure nel tempo stesso, e tra le stesse leggi, trovasi che il cap. 25 del Deuteronomio, v. 5 comanda al superstite di due fratelli che vivevano nella stessa casa, dei quali l'uno sia morto senza figli, di sposare la vedova del defunto, per suscitare posterità al fratello. Col pretesto di questa contraddizione il clero anglicano sciolse il primo matrimonio del Re colla figlia del Re di Spagna, come se le leggi politiche del popolo ebreo potessero distruggere l'indissolubilità del matrimonio, comandata dalla natura e dal vangelo. Clemente VII, sostenendo la dispensa e il primo matrimonio, fulminò la scomunica: e da quell'epoca i papi si son mantenuti in possesso d'accordare simili dispense. Ora ciò che altre volte non contestavasi alla podestà

spirituale, quanto al sacramento, sarà vietato al governo, quanto al contratto civile?

Le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce, entre la tante et le neveu. Cod. civ. Ib. n. 157.

Néanmoins le gouvernement pourra, pour des causes graves, lever les prohibitions portées au précédent article. Ib. n. 158.

Il nuovo Codice non porta più in là gl'impedimenti dirimenti, che risultano dalla parentela e dall' affinità collaterale.

N. B. Tal era l' antico diritto romano ai tempi di Giustiniano. « I figli di due fratelli, o di due sorelle, o d' un fratello e d' una sorella possono congiungersi in matrimonio. » *Duorum autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris et sororis, conjungi possunt.* Inst. de nuptiis, §. 4. Eppure, molto prima di Giustiniano, Teodosio il grande avea proibito questi matrimonj; ma la sua legge era stata così poco osservata, che a S. Agostino, contemporaneo di Teodosio, non giunse a notizia in Africa. « Nessuna legge divina, dic'egli, ha vietato questi matrimonj, nessuna umana legge finora. » *De civit. Dei*, l. 15, n. 16.

E in fatti, se crediamo allo storico Aurelio Vittore, Teodosio il grande poco sopravvisse alla

sua legge: e i figli suoi, Teodosio il giovine e Onorio, tosto la rivocarono: almeno, certamente è provato da una legge d'Onorio, messa per intero nel codice teodosiano, lib. 3, tit. 10, che questo fu il solo impedimento dirimente autorizzato dalla chiesa, dal quale gl'Imperatori si permisero d'accordare dispensa.

Questa dispensa poi divenne così frequente, che la legge di Teodosio cadde in dissuetudine quanto al contratto civile, in que' tempi dalla benedizione nuziale separato, in grazia della quantità di culti nel romano impero tollerati.

Divenuti poscia i papi nei tempi posteriori, coll'ajuto delle false decretali, arbitri supremi dello spirituale, direttamente e indirettamente del temporale ancora, conservarono la legge di Teodosio, e le diedero una ben funesta estensione.

Per vedere fin dove essa giunse, seguendo il Dumoulin nelle sue note alle Decretali *tit.* 14 *de cogn. et affin.*, è necessario osservare che sino a S Gregorio Magno, cioè al sesto secolo dell' era volgare, la maniera di contare i gradi di parentela fu la stessa nel diritto civile che nel canonico, cioè la maniera indicata dalla natura. Voi cercate la relazione tra due individui: partite dall'un d'essi, e rimontate allo stipite comune, senza metterlo in conto, perchè esso è la

sorgente della parentela, ma non forma grado: scendete in seguito sino a trovare l'altro dei due individui, dei quali cercate la relazione, e contate per ogni generazione un grado: la somma di queste due linee di gradi ne fissa il numero.

Questo metodo dà luogo ad ineguaglianza: in quel caso ricordatevi che in materia di proibizione il favore è per la libertà: ne conchiuderete, secondo la massima dell'antico nostro diritto, che *il più lontano in grado tira a se il più vicino* (113).

Dopo il secolo di S. Gregorio Magno tutto cangia tra i canonisti: non ammettono che un ramo solo nell'albero genealogico: e quindi stabiliscono che ci vogliono sette gradi civili ed an-

---

(113) Il metodo per la computazione de' gradi giusta il diritto romano non dà luogo ad ineguaglianza, come suppone l'Autore: sia la linea *diretta*, sia *collaterale*, sia questa ne' due lati eguale ed ineguale, il numero delle generazioni stabilisce invariabilmente il numero de' gradi. La regola è sempre la stessa. Fu il dirito canonico che introdusse una nuova maniera di computare i gradi nella linea collaterale, la quale potendo essere ineguale diede luogo ad altra regola speciale, che il più lontano in grado dal comune stipite tira a se il più vicino.

che otto, per soddisfare alla legge di Teodosio (114).

Le scolastiche sottigliezze prendevan piede a misura che guadagnavano credito le pretensioni romane: si volle che i futuri sposi per avere la permission di congiungersi fossero, quant'era possibil mai, l'un all'altro stranieri. Le bolle dei papi chiamano *incesto* ogni congiungimento che non abbia questo carattere: ed estendono la proibizione sino al settimo grado canonico, che corrisponde al quattordicesimo, secondo la computazione civile. E questo sistema in quai tempi? Nel 9.°, 10.°, 11.° e 12.° secolo, quando cioè le prove dei fatti costitutivi dello stato degli uomini era abbandonato alla memoria di testimonj auricolari, assai volte compri o prevenuti. Di là venne lo scandalo di quelle pubbliche e private guerre, delle quali è ripiena la storia, di quelle risse che rinascevano ogni momento non solo tra i particolari, ma più spesso ancora tra i primi vassalli della corona e tra i Sovrani stessi.

---

(114) Fa veramente sospresa, come l'illustre Wolfio nella sua grand'opera del Diritto di natura abbia potuto con sottigliezza di argomenti, tutta sua propria, sostenere che la canonica computazione dei gradi nella linea *collaterale* sia la più conforme ai principj delle leggi di natura.

Questi ottenevano dai vescovi, dopo una tranquilla coabitazion di molt'anni, lo scioglimento del loro matrimonio, sotto pretesto di una parentela al sesto o settimo grado canonico. Di là lo scandalo delle scomuniche fulminate dai papi contro i sovrani, se ricusavano di prender di nuovo le loro spose, e reciprocamente. Di là l'instabilità nel più santo, nel più indissolubile dei contratti, instabilità rinnovata a qusti ultimi tempi coi divorzi arbitrarj. Tanto è vero che gli estremi si toccano, e che una eccessiva severità conduce a una sfrenata licenza. Il quarto concilio lateranese, sotto Innocenzo III, nel 1215, *canon. non debet*, alle decretali *de cogn. et affin.* riconosce finalmente questo abuso, e vi porta in qualche parte rimedio. « Che la proibizione dei matrimonj (dice quel canone) non oltrepassi in avvenire il quarto grado, perchè la proibizione non può essere osservata in gradi ulteriori, senza grandi inconvenienti. » *Quoniam in ulterioribus gradibus jam non potest, sine gravi impendio, hujusmodi proibitio generaliter observari.*

Alcuni vescovi si sono mantenuti in possesso d'accordar dispense al quarto grado canonico, ottavo civile; ma dappertutto altrove biognava ricorrere al papa, non senza grandissime spese(115).

---

(115) Il matrimonio fra cattolici fu sempre considerato e come contratto e come un sacramento. La

XVI.

Dell'impotenza completa, incurabile, che rimonta all'epoca del matrimonio, e di alcuni altri impedimenti dirimenti nel nostro antico diritto.

La procreazione dei figli, essendo il voto della natura, una impotenza assoluta, incurabile, che rimonti all'epoca del matrimonio, porta seco lo scioglimento del contratto: eppure sino alla *novella* 22, c. 6 nessuna legge civile o canonica fa menzione di questo impedimento. Ragione di questa omissione è che il divorzio volontario, ammesso dalle leggi romane, sembrava al congiunto leso da questa impotenza un mezzo più facile a riguadagnare la sua libertà, che quelle cause sempre scandalose, pub-

---

chiesa esercitò in altri tempi una podestà sul matrimonio come contratto; ma questa podestà era del tutto temporale, e doveva riconoscere la sua origine dal tacito consenso di chi avea il diritto originario ed assoluto di esercitarla. Contro gli attributi della sovranità non si dà prescrizione, ed è lecito in qualunque tempo di rivendicarli.

blicamente discusse nei tribunali delle officialità, cioè nei tribunali ecclesiastici che si erano impossessati di questo impedimento, come appartenente alla materia del matrimonio. Ristabilito il divorzio dal nuovo Codice, le cose tornano nello stato in cui erano prima della citata novella di Giustiniano. Voglia il cielo che il rimedio non sia peggior del male (116)!

---

(116) Vi sono alcune verità così evidenti e sensibili, che pare non abbisognino di una legge opposta per dichiararle. Tal è appunto l' impedimento *dirimente* del matrimonio derivato da vera impotenza alla procreazione de' figli, che rimonti all' epoca del matrimonio stesso. A convincersi che i romani legislatori l'avevano benissimo contemplato, basti l'osservare che nella L. 39, §. 1, D. *de jur. dot.* si propone il caso di matrimonio contratto con un semplice *spadone* o con un *castrato*. La dote data a semplice *spadone* sussiste, ed ha luogo l'azione della dote perchè sussiste il matrimonio: *In eo qui castratus non est, quia est matrimonium, et dos et dotis actio est.* Ma la dote portata in matrimonio ad un *castrato* non sussiste, perchè la dote presuppone l' esistenza delle nozze, di cui il castrato è incapace: *Ut in castrato dicas dotem non esse.* L'idea poi che i Romani avevano dello *spadone* conveniva all' idea

Il diritto di legare e di sciogliere è di divina istituzione: ed è altresì il più libero

---

di un' impotenza di generare non assoluta e perpetua, ma esterna soltanto e temporale: *Naturalis, gignendi incapacitas, si peremptoria et desperata sit, ut in castratis sive eunuchis, adoptionem penitus prohibet, non si externo et temporali incommodo impedita, ut in spadonibus.* Huber. *praelec. ad inst. lib.* 1, *tit.* 11, *n.* 5. Riguardo al divorzio volontario è celebre la costituzione di Teodosio e Valentiniano nella L. 8, C. *de repud.*, la quale toglie decisamente il ripudio senza causa: *Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta nonnisi misso repudio dissolvi, praecipimus: solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse, favor imperat liberorum. Causas autem repudii hac saluberrima lege apertius designamus.* Alle cause del ripudio nella citata costituzione espresse aggiunse l' imperatore Giustiniano quella derivata dall' impotenza del coito nel marito, verificata per una naturale debolezza all' epoca del matrimonio, e continuata a due anni. V. la L. 10, C. *tit. cit.* Ma nella citata *nov.* 7, *cap.* 6 allo sperimento di due anni volle sostituire un triennio: *Non enim biennium volumus. Edocti namque sumus ex iis quae ante haec provenerunt, quosdam amplius quam biennium temporis non valentes, postea potentes ostensos ministrare filiorum procreationi.* Nel diritto canonico vi sono alcuni dettagli riguardo all'

escreizio della podestà spirituale; ma la chiesa non ha questo esercizio che sulle coscienze mediante la forza della divina parola.

Quanto al foro ecclesiastico esterno, cioè a quei tribunali, che ingojarono per tanti secoli tutta la civile giurisdizione, essi dovettero la loro origine ed esistenza unicamente allo smembramento della monarchia (opra del governo feudale), a quelle giustizie o tribunali di signorie privilegiate, sull'esempio delle quali i vescovi, che erano pure

---

impotenza de' conjugi, i quali certamente disconvengono alla purezza della disciplina ecclesiastica ed all' ordine fisico della natura. V. il decreto di Graziano *caus.* 33, *quaest.* 1, ed il celebre titolo nelle decretali di Gregorio IX *de frigidis et maleficiatis*. Ne' tribunali ecclesiastici verso la metà del sedicesimo secolo vide la Francia introdursi una nuova prova giuridica sulla pretesa nullità del matrimonio per motivo d'impotenza, detta propriamente il *Congrès*. Questo sperimento, che offendeva egualmente il buon costume, la religione, la giustizia e la natura medesima, venne proscritto dal parlamento di Parigi con un celebre *arresto* in forma di regolamento a' 2 di febbrajo 1667. V. *le Journal de Palais*, *tom.* 2, *cent.* 4, *ch.* 86. Per ultimo giova osservare che l' asserita impotenza per isciogliere il

spesse volte possessori di gran feudi (117), s' attribuirono colla permissione del Sovrano tutto l' esercizio solenne della contenziosa giurisdizione. I papi ne profittarono in un tempo, in cui le poche utili cognizioni, sfuggite alla devastazione dei barbari, eran tutte ristrette nel clero secolare e regolare.

---

matrimonio non poteva somministrare la rispettiva azione che ai conjugi. Quindi se non ostante tale impotenza fossero vissuti insieme come fratello e sorella sotto l' ombra del matrimonio, e giusta l' esortazione de' canoni i parenti, od altri aventi interesse per la nullità del matrimonio non possono, dopo la morte dell' uno de' conjugi, invocarla per i corrispondenti effetti, nè impugnare su tale fondamento le convenzioni matrimoniali. V. Feuret *trait. de l'abus*, *liv.* 5, *ch.* 4. Hericourt *des lois ecclesias. part.* 3, *ch.* 5, *art.* 4.

(117) Le chiese avendo acquistato per beneficenza reale grandi feudi, acquistorono pure le prerogative inerenti ai medesimi feudi. La principale di queste prerogative era la giurisdizione territoriale, la quale non fu richiamata allorchè i beni, che n' erano effetti, passarono ne' demanj delle chiese. Sul proposito della giurisdizione accordata con il territorio agli ecclesiastici, sono celebri i capitolari di Carlo M. Altri regolano la competenza tra i giudici delle chiese e

Un tal ordine di cose dovea perire col perir del principio che lo aveva prodotto.

Ed è così che cadono colle ecclesiastiche officialità quegl' impedimenti dirimenti, che la legge civile non può riconoscere; la parentela spirituale che risulta da quella sorta di confraternità dei compari e delle comari coi padri e madri dei figli da loro tenuti a battesimo; l' altra parentela coi nuovi battezzati (118); i voti solenni in religione,

---

suoi uffiziali. Altri prescrivono ai vescovi ed agli abati le qualità che devono avere i loro uffiziali di giustizia. Altri proibiscono agli uffiziali regj di esercitare alcuna giurisdizione su quelli che coltivano le terre ecclesiastiche. Altri finalmente dichiarano che alle chiese compete la giurisdizione criminale e civile su tutti gli abitanti ne' loro territorj. V. Montesq. *op. cit., lib.* 3, *cap.* 21.

(118) Siccome nel diritto romano esiste la cognazione civile che nasce dall' adozione, così ne' canoni della chiesa si volle introdurre una cognizione spirituale con il battesimo, sul riflesso che produce una rigenerazione spirituale del battezzato. V. il Concilio di Trento *ses.* 24, *cap. de reform.* In Francia per altro i ministri del Re ed i parlamenti non facevano alcun caso di quest' impedimento, e lo riguardavano semplicemente *impediente* e non *dirimente.* V. *Journal des audiences, tom.* 5, *ch. ult.*

ridotti oggi dalla legge dello stato a voti semplici, che non annullano il matrimonio; gli ordini sacri (119), salvo per altro alla podestà ecclesiastica di usare nell' amministrazione del sacramento, conforme alle regole della chiesa, di quel potere che il suo divin fondatore le ha affidato, senza pretendere di fortificare con mezzi umani un edifizio che la mano dell' onnipotente ha innalzato e sostiene da tanti secoli, malgrado le innumerabili sofferte scosse.

Ma v' è un impedimento che tiene all' ordine pubblico, e sul quale il nuovo Codice stende il rigore più lungi che le stesse canoniche leggi: e questo è l' adulterio, il quale, secondo le leggi canoniche, non rende nullo il matrimonio, se non allorquando

---

(119) Giustiniano nella L. 45, C. *de episc. et cler.* e nella *nov.* 22, *cap.* 42 riprovò il matrimonio dei costituiti negli ordini sacri, e volle che i figli procreati da queste illegittime nozze si riguardassero come nati da una nefaria congiunzione. Allorchè la religione cattolica è dichiarata religione dello stato, la legge civile, riguardo al matrimonio, non deve mai urtare direttamente contro ciò che costituisce la disciplina interna della chiesa. V. la nota ([illegible]).

vi son riuniti sospetti violenti di complicità d'omicido (120). *Alessandro III, cap. super hoc; decretales, qui duxit in matrimonium quam polluit per adult.*

Di questo delitto fu assoluta dal papa la disgraziata Giovanna di Napoli.

Il nuovo Codice porta senza distinzione, che « *dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais épouser son complice.* » Tit. 6, del Divorzio, c. 4, art. 298.

XVII.

I matrimonj presunti, rigettati dal nuovo Codice; effetti della buona fede delle parti, o di una fra esse.

---

(120) Secondo il dirttto canonico l'adulterio non solamente è un impedimento *dirimente* del matrimonio allorchè il marito uccide, o fa uccidere la moglie per congiungersi con la donna da esso corrotta, sebbene non sia la medesima consapevole dell'omicidio, ma lo è ancora se all'adulterio sia congiunta la promessa di sposare l'adultera dopo la morte della parte innocente. V. il can. *relatum, caus.* 31, *quaest.* 1, il *cap. significasti* X, *de ill. qui dux. in matr. quam polluit per adult.* ed il *cap. super hoc eod. tit.*

Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil, sauf les cas prévus par l'art. 46 *du titre* des actes de l'état civil (cioè l'impossibilità risultante dalla perdita, od inesistenza primitiva di questi registri). *Cod. civ.*, c. 4, *n.* 194.

N. B. Appunto per prevenire questo inconveniente, l'ordinanza del 1667 e la deliberazione del 3 apr. 1736 esigevano i due registri. Perchè sopprimerli?

XVIII.

Il favore della possessione di stato non è tale che dispensi i pretesi sposi dal presentar l'atto di celebrazione del loro matrimonio; ma basta però alla legittimità dei figli dopo la morte dei loro genitori, se non v'è titolo in contrario.

La possession d'état ne pourra dispenser les prétendus époux qui l'invoqueront respectivement, de représenter l'acte de célébration de leur mariage devant l'officier de l'état civil. Ib. n. 195.

N. B. Così spariscono que' presunti matrimonj che non altro erano se non un concubinato in maschera. I parlamenti di legge scritta si credevan forzati a riconoscerli, per conciliare il rigor delle leggi colla religiosa tolleranza.

Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de l'état civil est représenté, les époux sont non recevables à demander la nullité de cet acte. Ib. n, 196.

Eccezione. *Si néanmoins...... il existe des enfans issus de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme*, et qui soient tous deux décédés, *la légitimité des enfans ne peut être contestée sur le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration, toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état, qui n'est pas contredite par l'acte de naissance.* Ib. n. 197.

N. B. Cioè se l'atto di nascita porta *padre e madre incogniti*, o tutt' altra denominazione che non supponga commercio illecito tra quelli dei quali si dicono figli legittimi, o un' esistenza legittima diversa da quella ch' essi reclamano. Imperciocchè, quantunque il funzionario pubblico non attesti nell'atto di nascita la certezza dei

fatti che gli sono notificati, ma solamente la dichiarazione che glien' è stata fatta, quest' atto fa fede sino alla prova in contrario.

XIX.

La buona fede delle parti, o di una fra esse produce tutto l'effetto della legittimità quanto agli sposi e ai loro figli, malgrado la nullità del contratto.

Le mariage, qui a été déclaré nul, produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux, qu'à l'égard des enfans, lorsqu'il a été contracté de bonne foi. Ibid. n. 201.

Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des deux époux, le mariage ne produit les effets civils qu'à l'égard de cet époux et de ses enfans. Ib. n. 202.

N. B. Il nuovo Codice adotta qui, senz'alcun cangiamento, le disposizioni del gius canonico. *Canon. cum extra, qui filii sint legitimi.* V. Concil. Lateranese, *cap. ab initio, de clandestina dispensatione* (121).

---

(121) Oltre la buona fede era necessario, 1. che il matrimonio avesse preceduto la nascita de' figli; 2. che

X X.

Diritti e doveri rispettivi degli sposi: conseguenza della fedeltà, dei soccorsi ed assistenza che si devono l'uno all' altro.

Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance. Cod. civ., c. 6, n. 212.

Le mari doit protection à sa femme: la femme obéissance à son mari. Ib. n. 213 (122).

X X I.

La moglie non ha altro domicilio che quello di suo marito (123): ella è ob-

---

il matrimonio si fosse celebrato in *faccia della chiesa;* 3. che i figli fossero nati avanti alle eccezioni protestate contro il matrimonio. V. il *cap. ex tenore* X, *qui filii sint legit.*

(122) *Itaque in hoc etiam convenient ut mas imperet, obediat mulier. Erit autem imperii forma, non qualis est herilis, ubi superioris utilitas curatur: nec qualis artium, ubi inferioris tantum cura est: sed similis politicae, in qua communis utilitas promoventur.* Stobaeus ex Socrate, *serm.* 72.

(123) *Mulieres honore maritorum erigimus, et genere nobilitamus, et forum ex eorum persona sta-*

bligata a seguirla dovunque egli trasporta la sua residenza (124). Il marito è obbligato a provvedere ai bisogni di sua moglie secondo le sue facoltà e il suo stato.

La moglie è obbligata ad abitare con suo marito e a seguirlo dovunque egli giudica a proposito di risiedere. Il marito è obbligato a riceverla e a somministrarle tutto ciò che è necessario per i bisogni della vita,

---

tuimus. Sin autem minoris ordinis virum postea sortitae fuerint, priore dignitate privatae, posterioris mariti sequentur conditionem, et domicilium mutamus. L. 9, C. *de incol.*

(124) V. fra gli altri Tiraquel. *de legib. connub. et jur. marit. glos.* 1, *part* 1, *num.* 39, il quale sull'autorità di una turba quasi infinita di chiosatori ed interpreti sostiene che *uxor tenetur sequi maritum, qui ex caussa alio proficiscitur, eumque etiam vagabundum, quocumque vadat, si jam a principio sciebat eum esse ejusmodi. Quin etiam si ignorabat uxor, qualis esset maritus, tamen si facile atque honeste illum sequi possit, id certe facere tenetur. Atque etiam si in contractu matrimoniali actum sit, ut uxor non teneretur sequi maritum, tamen tenetur si ex caussa nova alio migret.*

secondo le sue facoltà e il suo stato. Ibid. n. 214 (125).

XXII.

Diritti e obbligazioni che nascono dal matrimonio relativamente ai terzi: sin dove si estendono.

---

(125) Nel diritto romano era talmente incontestabile l' obbligazione nel marito di soggiacere agli oneri del matrimonio, che la dote ad esso portata in occasione delle nozze si riteneva dal medesimo siccome una compensazione de' pesi matrimoniali: *Dos marito datur ad ferenda matrimonii onera.* Ma egualmente la moglie ha il dovere d' alimentare il marito ridotto all' inopia: *Quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri participem esse.* L. 22, D. *solut. matr.* Giustiniano sul riflesso di questa reciproca obbligazione volle che il conjuge superstite e povero avesse una determinata porzione ne' beni del conjuge defunto, ed all' acquisto di questa, almeno quanto all' usufrutto, potesse ancora concorrere con i figli del marito o della moglie morta *ab intestato.* V. la *nov.* 53, *cap.* 6. Il Sordo nel suo trattato *de alim., lib.* 1, *quaest.* 45, 46 portò l' obbligazione di alimentare i conjugi miserabili sino agli eredi del conjuge defunto: *Vir et uxor inopes superstites alendi sunt ab heredibus defuncti.*

Les époux contractent, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir, élever leurs enfans. Ib. n. 203 (126).

L'enfant n'a point d'action contre ses père et mère, pour un établissement par mariage ou autrement. Ib. n. 204 (127).

Les enfans doivent également des alimens à leurs pères et mères et autres ascendans qui sont dans le besoin. Ib. n. 205 (128).

---

(126) *Necare videtur, non tantum is, qui partum perfocat: sed et is qui abiicit; et qui alimonia denegat: et his qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet.* L. 4, D. *de agnosc. et alend. lib.*

(127) Parmi che in quest'articolo debba supporsi il caso di matrimonio contratto dai figli senza il consenso de' genitori. Nella Francia era già per *arresto* deciso che il figlio nel detto caso non potesse domandare dal padre alcuna pensione alimentaria nè per esso, nè per la sua famiglia. V. *Journal des audiences, tom.* 2, *liv.* 2, *chap.* 9.

(128) *Parentum necessitatibus liberos succurrere justum est.* L. 1, C. *de alend. lib.* Qualunque sia l'erede de' figli, i quali in loro vita non hanno soddisfatto a questo sacro dovere, è tenuto al debito corrispondente, perchè l'autorità del giudice deve in questo caso supplire alla verificata omissione. Resta da vedersi, se come il figlio volendo vivere separatamente dal padre, sotto il pretesto dell'incompatibilità di umore, non potrebbe obbligare il padre

Les gendres et belles-filles doivent, dans les mêmes circonstances, des alimens à leurs beau-père et belle-mère. Mais cette obligation cesse, 1.° lorsque la belle-mère a convolé à des secondes noces; 2.° lorsque celui des époux, qui produisait l'affinité, et les enfans de son union avec l'autre, sont décédés. Ibid. n. 206 (129).

« *Les obligations résultantes de ces dispositions sont réciproques.* Ib. n. 207. »

Les alimens doivent être accordés en raison du besoin de celui à qui ils sont dus, et des facultés de celui qui les doit. Ibid. n. 208 (130).

---

a somministrargli gli alimenti, come per *arresto* dei 27 luglio 1609 fu deciso nella Francia, così egualmente il figlio non sia tenuto a prestare l'alimentario soccorso al padre che voglia vivere separatamente dal figlio. Il paragone non regge in punto di diritto, essendo bensì conforme all'ordine prescritto dalla natura che i figli vivano uniti ai loro genitori, ma non egualmente che li genitori sieno tenuti a convivere con i figli. V. Bouvot *tom. 2, in verb. alimens quest. 4.* Soefve *tom 1, cent. 3, chap. 100.*

(129) Appunto perchè l'affinità dopo la morte dell'uno de' coujugi, il quale per il suo matrimonio l'aveva prodotta, cessa, e non può essere considerata che per un impedimento di nozze ne' gradi espressi. V. la nota (111).

(130) Negli alimenti dovuti al figlio entrano pure

N. B. Questi articoli e tutti quelli del capo VI si trovano ripetuti in molti altri articoli di quest' opera.

XXIII.

Scioglimento del matrimonio. Come succeda in natura e per legge.

« Il matrimonio resta sciolto:

1.° Per la morte d'uno degli sposi;

2.° Per il divorzio legalmente pronunziato;

3.° Per la condanna *divenuta definitiva* dell' uno degli sposi, la quale cagioni morte civile. » *Cod. civ., c.* 7., *art.* 227.

XXIV.

Dilazione necessaria per parte della donna tra la morte del suo sposo e il passare a seconde nozze.

Dans le cas de divorce prononcé pour cause déterminée, la femme divorcée ne pourra

---

le spese per la sua educazione: *Non solum alimenta pupillo praestari debent: sed et in studia et in caeteras necessarias impensas debet impendi pro modo facultatum.* L. 6, §. 5, D. *de carbon. edict. modum patrimonii spectare debet, cum alimenta decernit..... aetatem etiam contemplari, in qua constitutus est cui alimenta decernuntur.* L. 3, D. *ubi pupil. educar. etc.*

se remarier que dix mois après le divorce prononcé. Cod. civ., c. 4, n. 296.

1120. Cod. civ. cont.

N. B. È sensibile il motivo di questa proibizione. Le leggi romane esigevano un anno intero d' intervallo tra la morte e il rimaritarsi, e chiamavasi *l' anno di lutto*. La donna, che si maritava prima, era privata dei *beni vedovili* e *préciput* nelle nostre costumanze, dei suoi profitti noviziali nei paesi di legge scritta, e di più incorreva un' infamia legale (131).

(131) Se si eccettua un ben piccolo numero di alcune costumanze, il *dovaire* per diritto *consuetudinario* della Francia apparteneva alla donna a semplice usufrutto, essendo la proprietà riservata ai figli del marito. Era però valida la convenzione relativa all'acquisto della proprietà. Se il *dovaire* consisteva in beni immobili, la donna nello stato vedovile ne godeva sotto giuratoria cauzione. Passando la medesima a seconde nozze non perdeva l'usufrutto, ma riguardo ai beni immobili prestava cauzione fidejussoria, *se usuram fruituram boni viri arbitratu*, quale appunto è prescritta nel diritto romano, L. 1, D. *de usufr.*; e riguardo a' beni in danaro prestava la medesima cauzione di rendere altrettanto. V. *le nouveau Ferrière* di C. H. Dagar *in verb. Dovair.* Per le pene prescritte nel codice di Giustiniano alla vedova, che passi a seconde nozze, V. il *tit. de sec. nupt.* ed il *tit. si secundo nupt. mul. cui marit. usumfr. reliq.*

Del divorzio e della separazione a thoro.

« Non è bene che l'uomo sia solo: facciamogli un ajuto simile a lui. »

E Dio manda un profondo sonno in Adamo .... ch' esclama alla vista della bella compagna datagli dal creatore, e formata colla propria sostanza dell' uomo: « Ecco l'osso delle ossa mie, la carne della mia carne: questa sarà chiamata *virago*, perchè è stata formata *de viro*.

Dixit quoque Deus: non est bonum hominem esse solum: faciamus ei adjumentum simile sibi.... Immisit ergo Dominus soporem in Adam.... Et ædificavit Dominus Deus costam quam tulerat de Adam in mulierem, et adduxit eam ad Adam. Dixitque Adam: Hoc omne os de ossibus meis, et caro de carne mea: haec vocabitur virago, *quia de viro sumpta est.* Gen. cap. II, v. 18 ec.

Tal' è l' origine, secondo l' oratore da noi tante volte citato, il consigliere di stato Portalis, di un contratto antico quanto lo stesso genere umano, il legame indissolubile

della prima società fra gli uomini, tutti usciti dallo stipite istesso, tutti fratelli, soggetti all'autorità del padre di famiglia, il modello del primo governo, al quale tutti gli altri si riferiscono, per quante modificazioni abbiano provate; carattere sacro che distingue l'unione dell'animal ragionevole dall'incontinenza lasciva degli animali a quella sola soggetti: benchè, per parlare il linguaggio del signor di Buffon, anche in certi animali che hanno un'anima sola sparsa in tutta la specie vi sono specie intere che ci offrono il modello della fedeltà conjugale e d'ogni virtù.

« L'uomo non separi dunque ciò che Iddio congiunse. » *Quod ergo Deus conjunxit, homo non separet.* S. Matt., cap. XIX, v. 6.

Contuttociò, dacchè l'orgoglio umano rigettò la guida dell'Essere supremo, per correr dietro a una falsa libertà, una triste esperienza prova che vi son de' casi, ne' quali la podestà protettrice dell'ordine pubblico è costretta ad autorizzare due sposi a vivere separatamente l'uno dall'altro, sia rompendo il legame del matrimonio e tollerando che

formino nuovi contratti, il che dicesi *divorzio, ripudio*: sia che lasciando sussistere il legame ella sospenda soltanto l'esercizio dei diritti d'uno sposo verso l'altro, sinchè il pentimento e una sincera riconciliazione li riunisca, il che chiamasi *separazione di corpo*: imperciocchè il Codice civile autorizza l'uno e l'altro.

I.

Del divorzio in generale e del ripudio, espressioni sinonime a considerarne gli effetti; diverse fra loro, perchè l'azione del divorzio è reciproca di sua natura, e il ripudio è proprio al marito solo (132).

Opinione dei popoli antichi e moderni.

---

(132) Secondo le nozioni del diritto romano il ripudio si riferiva alla sposa, con la quale non si volessero celebrare le nozze: il divorzio riguardava il marito e la moglie. Non è però assurdo che il ripudio si riferisca ancora alla moglie. Quindi la differenza tra il ripudio ed il divorzio venne ad essere quella stessa che passa tra il genere e la specie. Si

« Saranno due in una istessa carne. »
Erunt duo in carne una.

Gen. cap. II, v. 24.

dice un libro rispettabile per la sua antichità, anche prescindendo dal divino carattere della rivelazione che lo ha dettato.

Alcuni antichi popoli ammettevano questo principio a tal segno, che rigettavano anche le seconde nozze. *Vedi più sopra, pag.* 105.

In mezzo al dispotismo e alla poligamia

---

ripudia una sposa e si ripudia una moglie. Non si fa divorzio da una sposa avanti la maritale congiunzione, ma soltanto dalla moglie Questa è la prima differenza. La moglie fa divorzio dal marito, ma non si dice che lo ripudia; laddove il marito indistintamente ripudia la moglie, e si dice che fa divorzio da essa. Questa è la seconda differenza: *Divortium inter virum et uxorem fieri dicitur: repudium vero sponsae remitti videtur: quod et in uxoris personam non absurde cadit.* L. 101, §. 1, D. *de verb. signif. Inter divortium et repudium hoc interest, quod repudiari etiam futurum matrimonium potest: non recte autem sponsa divortisse dicitur; quod divortium ex eo dictum est, quod in diversas partes eunt qui discedunt.* L. 191, d. *tit.*

le indiane abitatrici delle sponde del Gange riguardano come un disonore il sopravvivere ai loro sposi; cercan esse, come un onore, l' esser vive abbruciate da quelle istesse fiamme che ha ridotto in cenere la spoglia mortale di colui che ad esse fu caro (133).

Il divorzio, o piuttosto il ripudio (perchè il marito solo aveva il diritto di mandare il libello) furono ammessi presso i Chinesi, gli Egizj, gli Ebrei (134), come un esercizio di quel tirannico impero che il sesso più forte esercita sul più debole, quasi come ridotto in servitù.

---

(153) *Quid quod apud Indos mulieres omnes, cum est cujusque earum vir mortuus, in certamen judiciumque veniunt, quam plurimum ille dilexerit (plures enim singulis solent esse nuptae): quae vero est victrix, ea laeta, prosequentibus suis, una cum viro in rogum imponitur, victae autem moestae discedunt: cujus consuetudinis locupletissimus testis est Cicero in lib. V. Tuscul. quaest., et graeci nonnulli scriptores spectatae fidei id verum esse affirmant.* Patric. *op. cit. lib. et tit. cit.*

(134) Nella repubblica degli Ebrei erasi accordata anche alle donne la libertà del divorzio dai loro mariti, siccome la prova con moltiplici argomenti l'eruditissimo Seldeno nella sua grand'opera *de jur. nat. et gent. seq. sec. praecept. Hebraeor.*

« All' aspetto della spartana Elena (Iliade cap. III) i vecchi, che circondano il vecchiissimo Priamo, esclamano: Ecco la donna, per cui Greci e Trojani da tanti anni soffrono tanti mali. La sua bellezza, è vero, non cede a quella delle immortali: ma pur sen vada, e cessi di trascinare noi e i figli nostri nell' estrema rovina. »

Elena separata è rimandata, continuamente da rimorsi è tormentata: e malgrado i licenziosi costumi che le leggi di Licurgo ispiravano, nessuna di quelle autorizzò mai il divorzio o il ripudio.

Presso gli Ateniesi, al dir di Plutarco nella vita d' Alcibiade, il diritto di ricorrere all' Arconte, per ottenere la libertà di far divorzio, fu comune ai due sessi: ma la donna era obbligata di presentarsi *in persona* dinanzi al magistrato; e ciò per la speranza che le rimostranze e l' aspetto di colui che altre volte ella aveva amato, e che era citato a comparire nel tempo stesso, potessero ritrarla dal suo proposito.

Minosse, secondo lo stesso Plutarco nella vita di Licurgo, permise al marito, che temeva una troppo numerosa posterità, di

mandare alla moglie il libello del divorzio. Strana politica di quelle sue leggi! L' annunziarle e farle tenere per divine fu solo ciarlatanismo del legislatore.

Romolo (sempre conforme Plutarco nella di lui vita) non accordò che al solo marito il diritto di mandare il libello di divorzio. Lo distinse, appunto come il nuovo Codice, in due specie; l' una *per causa determinata*, l' adulterio, la preparazione di veleno, la contraffazione delle chiavi (135): l' altra *arbitraria*, ma praticabile soltanto a condizione sì dura, che ben difficilmente era da credere che i cittadini ne usassero

---

(135) Ciascuna di queste cause dicevasi *sontica*: *Sonticam esse oportet causam, quamobrem perdas mulierem*. V. Fest. in voce *sonticum*. Opina l'Eineccio *antiq. Rom.* lib. 1, Append. §. 44, che Romolo fra le cause del divorzio avesse pure contemplata l'ubbriachezza della donna, avendo il marito la facoltà di vendicarla severamente, conosciuta la causa, con i cognati. All'opinione di Eineccio si conforma l'autorità di Alessandro *ab Alexandro*, il quale nei suoi giorni geniali *lib. 4, cap.* 8 alle predette cause per il ripudio quella pure vi aggiugne d'avere la donna bevuto vino: *Aut si vinum biberet.*

mai. Questa condizione consisteva nell' abbandono di tutte le proprie sostanze, delle quali la metà era devoluta alla donna ripudiata, l' altra metà consacrata a Cerere (136).

Per dugento trent' anni la storia non dà esempio di simile divorzio, fuorchè quello di Carvilio Ruga, che ripudiò la sposa d' ordine dei censori per causa di sterilità (137). Lo sfortunato Carvilio dovette ubbidire, e naturalmente sarà stato dispensato dalla suddetta durissima condizione: contuttociò non incorse meno l' odio e la riprovazione del popolo romano.

Sessant' anni dopo quell' epoca, i decemviri colla legge delle dodici tavole accrebbero le cause di divorzio, e ne fu accordato il diritto anche alle donne (138). Sinchè

---

(136) Ecco un altro esempio di una legge che proibisce l' atto, vi stabilisce una pena, ma non lo annulla. Legge *minus quam perfecta* viene detta da Ulpiano in *frag. tit. de leg. num.* 2.

(137) V. Dionigi d' Alicar. *antiq. Roman.* 2, p. 96, Valer. Massim. 2, 1, 4. A Gall. *noct. attic.* 4, 3.

(138) Pare più probabile, che nelle leggi delle

Roma conservò gli austeri vetusti costumi suoi, i divorzj furono rari: cangiati in séguito i tempi, divennero quelli così frequenti, che non fu possibile ad Augusto il reprimerli.

« V'è più donna (dice Seneca sotto il regno di Tiberio) che possa arrossire del divorzio, quando illustri dame romane contano ormai gli anni loro non più dal numero dei consoli, ma da quello dei proprj mariti? » *Numquid jam ulla repudio erubescat, postquam illustres quaedam ac nobiles fœminae, non consulum numero, sed maritorum computant.* De benef. lib. III, num. 16.

La moltitudine d' idolatri che ancor sussisteva, dopo che il cristianesimo era divenuto religione dell' impero romano, costrinse gl' imperatori Costantino, Teodosio II, Valentiniano III, Giustino, Giustiniano, sino

---

12 tavole sia stata semplicemente adottata la legge di Romolo sul divorzio. Da un passo di Plauto nella Commedia *Mercator act. 4, scen. 6* si rileva pure che le donne a' suoi tempi non avessero ancora la facoltà di divertere dai mariti.

a Leone VI nel nono secolo, a conservare le leggi antiche che permettevano il divorzio e il ripudio. Se ne veggono le prove nelle costituzioni di quegl' imperatori, inserite nel Codice Teodosiano, l. III, t. VI e l. VII *de repudiis;* nel titolo del digesto *de divortiis et repudiis*, in quello del Codice *divortio facto, apud quem liberi morari vel educari debeant;* nella novella 117, c. 8, nell' altra 122, c. 4, colla quale Giustiniano rivoca le leggi precedenti.

La prima dinastìa dei nostri Re offre alcuni esempj di ripudio. Nella seconda la falsa interpretazione della legge di Teodosio il grande, che proibiva i matrimonj sino al quarto grado civile, *i cugini germani*, proibizione estesa dal computo canonico sino al settimo ed anche al quattordicesimo grado, in tempi nei quali la parentela non era provata che da pubblica voce, diede luogo a molte dimande di nullità di matrimonio, e ciò il più delle volte per effetto di disgusto o di nuovi amori. Eppure, malgrado ciò, dal primo concilio d' Arles nel 314 sino al concilio di Trento e dopo ancora, l' indissolubilità di matrimonio anche

in caso d' adulterio fu dogma invariabile della chiesa latina.

Ho detto *anche in caso d' adulterio*, perchè su questo punto le due chiese non sono interamente d' accordo. Convien qui spiegare il nodo della difficoltà.

Gesù Cristo in due passi del vangelo, secondo S. Matteo, l' uno che fa parte del Sermone *in monte*, l' altro diretto ai Farisei che l' interrogavano sulla legittimità del divorzio, *per qualunque causa, quacumque ex causa*, « disse Mosè, a cagione della durezza dei vostri cuori vi permise di mandare il libello del divorzio.

» E io vi dico che chiunque rimanda sua moglie, *eccetto il caso di fornicazione*, e ne sposa un' altra, commette un adulterio: e che quegli che sposa la donna ripudiata è adultero. »

Moyses ad duritiam cordis vestri permisit dimittere uxores vestras....

Dico autem vobis, quia quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationis causam, et aliam duxerit, maechatur, et qui dimissam duxerit, maechatur. S. Matt. c. 19, v. 9; lo stesso c. 5, v. 32.

S. Marco e S. Luca riportano la stessa proibizione, ma senza l'eccezione « eccetto il caso di fornificazione. » Al che si aggiugne l'autorità di S. Paolo, o piuttosto di Dio stesso. « Per quelli che il matrimonio ha uniti non son io che gliel comando, ma il Signore: che la moglie non si separi dal suo sposo: s' ella se ne separa, che resti nello stato di vedovanza (139), o ch'ella si riconcilii col suo sposo; e così pure che l'uomo non rimandi la sua moglie. »

His autem qui matrimonio juncti sunt praecipio; non ego sed Dominus: uxorem a viro non discedere.

Quod si discesserit, manere innuptam, aut viro suo reconciliari: et vir similiter uxorem non dimittat. I ai Corint. cap. 7, v. 10 e 11.

Da questa differenza tra il testo di S. Matteo e quelli di S. Marco, di S. Luca e di

---

(139) Cioè non si unisca in matrimonio ad altro uomo, sussistendo ancora il vincolo conjugale col marito dal quale si è allontanata: *Quod si separata fuerit, maneat sine viro,* così nella translazione dal testo siriaco.

S. Paolo le due chiese sino allo scisma dei Greci nell' undecimo secolo conchiusero che quelle parole di S. Matteo « eccetto il caso di fornicazione » si riferivano al divieto di rimandare la sposa, senza permettere all' uno o all' altro di passare a seconde nozze, sinchè il vincolo del matrimonio non veniva sciolto per morte.

A quell' epoca l'opinione cangia, non nella chiesa latina, ma tra i Greci anche riuniti nel concilio di Lione, ai quali si unirono poscia i Luterani, i Calvinisti, gli Anglicani, tutte le sette separate dalla chiesa, e, dicesi, la Polonia cattolica essa pure; il che determina il concilio di Trento a temprare il rigore de' suoi fulmini, non lanciandoli che contro quelli i quali con empia ribellione si alzarono contro una dottrina rispettata per sì lungo tempo nelle due chiese, come più conforme alla purità del dogma e dell' evangelica ed apostolica morale.

« Se qualcheduno dice che la chiesa è stata nell' errore quando ha insegnato ed insegna ancora, secondo l' evangelica ed apostolica dottrina, che l'adulterio d'uno dei due con-

giunti non può sciogliere il legame del matrimonio, e che i due congiunti, almeno quegli che è innocente, che non ha dato pretesto all' adulterio, non può, vivente il suo congiunto, contrarre un altro matrimonio: e che diviene egli stesso colpevole di adulterio, se, avendo rimandata la sposa adultera, ne sposa un' altra, e *reciprocamente*; anatema sia. »

Si quis dixerit ecclesiam errare cum docuit et docet, juxta evangelicam et apostolicam doctrinam, propter adulterium alterius conjugum matrimonii vinculum non posse dissolvi, et utrumque, etiam innocentem, qui causam adulterio non dedit, non posse, altero conjuge vivente, aliud matrimonium contrahere: maecharique eum, qui, dimissam adulteram aliam duxerit, et eam quae, dimisso adultero, alii nupserit; anathema sit. Conc. di Trento, sess. 24 *de matrim.* can. 7.

Tanti altri han dimostrato prima di me l' utilità di questa dottrina, per la felicità degli sposi, prescindendo da qualunque religioso motivo, che poco mi resterebbe a dire.

Perchè si applaude con tanto entusiasmo sui nostri teatri a quei versi del patriarca del decimottavo secolo:

« Voglio . . . . sposa indulgente,
» Che bella, dolce e tenera si voglia
» Piegare a' miei difetti; e accortamente
» Con me riconciliar sappia me stesso? »

Perchè la commedia, ove si fa pompa di que' sentimenti, forma essa da cinquant' anni le delizie di tutte le società? Perchè quei sentimenti sono in natura.

Voi avete trovato la donna che Dio diede all' uomo, per essere *un ajuto simile a lui;* ma egli è impossibile che nella più felice convivenza familiare qualche volta non nasca alcun torbido. E cosa può farlo cessare? L' indissolubilità: quel possente motivo dell' amor di noi stessi, che vedendo di fremere inutilmente per qualche tempo contro un ostacolo che non può superare, ci determina a cedere all' imperiosa necessità (140). Fate nascere in cuor di due sposi la speranza di

(140) Su queste medesime riflessioni ragiona David Hume ne' suoi Saggi morali e politici, per l' indissolubilità del matrimonio.

scuotere un giogo che gl'importuna; basterà un capriccio, una rea passione, l'incostanza naturale ai due sessi, per impegnarli in una lotta che terminerà nella ribellione di uno fra loro, e nel comune consenso di sciogliere il patto conjugale. La stessa lentezza che la sapienza espressamente userà nel procedere allo scioglimento, i tentativi di riconciliazione che il magistrato esecutor della legge vorrà prima impiegare, saranno altrettanti incentivi alla resistenza: perchè è proprio della natura umana intestarsi contro le difficoltà, quando l'esito della cosa è sicuro, come vedremo a momenti.

Ristringiamo in poco quanto è stato detto in favore del divorzio.

Vi sono certamente dei casi, nei quali la separazione degli sposi è assolutamente necessaria. Perchè conservare il nome di conjugal vincolo, quando la cosa realmente più non esiste? — Perchè anche questo sol nome ricorda al colpevole la felicità che per sua colpa ha perduto, e lo impegna a sforzarsi di ricuperarla: perchè la solitudine, alla quale è ridotto l'innocente, è un potente motivo in lui a prestarsi ai *mezzi*

di riconciliazione. — Queste riconciliazioni sono rare, e qualche volta non sono felici. — E perchè ciò? per la corruzion de' costumi, che invece d'esser repressa dal divorzio, viene anzi da questo resa più andace. — Si toglie a due sposi, divenuti celibi in fatto, ogni speranza di contrarre legittimo impegno: e si priva la società della posterità numerosa, di cui l'avrebbero arricchita. E allorchè l'un de' due sposi è preso da incurabile malattia, allorchè l'età lo rende infermo e spiacevole, l'altro non rimane egli celibe in realtà? Ma io m'inganno: non riman celibe. Allora anzi l'indistruttibile nodo del matrimonio risveglia ne' congiunti le tenere rimembranze, fa che si porgano mutui soccorsi e che nell'amore succeda una inalterabile amicizia (141). Come sperare simili consolazioni nell'età provetta, se in quella delle passioni le passaggiere tempeste prendon frequenza e consi-

---

(141) *Cum nihil pene in omni humana vita inveniri queat, quod omni ex parte absolutum, perfectumque sit, cumque hoc pro comperto ducere possimus; nullam amicitiam magis stabilem inveniri, magisque*

stenza per la speranza di libertà? — Perchè, cangiando marito, non potrebbe una scostumata donna divenire una rispettabile madre di famiglia? Non potrebbe forse similmente un marito furioso, mentr'era unito a moglie che detestava, divenire marito e padre tenero ottenendo quella sposa che brama? — Queste metamorfosi non sono da sperare.

Naturam expellas furca, tamen usque redibit.
HORAT.

Aggiungesi a tutto ciò la forza e gli effetti dell'opinione, della quale invan tentereste di trionfare: la macchia impressa, tanto sulla fronte della donna divorziata, quanto su quella della sposa a lei succeduta, è superiore ad ogni legge; nessuna legge verrebbe a capo di scancellarla. Che direm poi dei frutti del primo matrimonio? La

---

omni officio ac pietate accumulatam quam matrimonii. Patric. *lib. et tit. cit.* Oh quanto bene ed al proposito della questione furono le nozze definite da un romano giureconsulto: *Consortium omnis vitae divini et humani juris communicato!* L. 2, D. de *rit. nupt.*

legge provvederà ai loro bisogni, alla loro educazione, affidandoli a quello dei due sposi ch'essa ne crederà il più degno. Ma intanto, rimanendo in famiglia, saranno in balìa di tutti i capricci d'una madrigna, di tutta la brutalità di un padrigno. Non andiam più oltre (142).

Avendo i nostri legislatori avuto in mira non di dare ansa al divorzio, ma di distorne anzi gli animi, rendendolo lento e pieno di formalità, avran fatto anch'essi queste mie brevi riflessioni.

In un ordine di cose che separa il contratto civile dalla nuziale benedizione, *l'iniziazione alle cose sante*, per parlar con San Paolo; quando la tolleranza religiosa esige che la verità abbandonata a se stessa trionfi

---

(142) Anche l'argomento dedotto dal personale interesse de' figli per riprovare il divorzio non fu trascurato dal lodato Hume. Giova per altro riflettere, 1. che i rimarcati inconvenienti possono avvenire, sebbene la legge garantisce l'indissolubilità del matrimonio; 2. che nel nuovo Codice le misure stabilite per assicurare qualunque oggetto che riguardi il personale interesse de' figli renderanno più difficili i temuti inconvenienti.

dell'errore colla sua sola energia; quando mille sette diverse domandano l'ammissione del divorzio, probabilmente è stato necessario il rimontare a que'secoli, nei quali la chiesa, rigettando il divorzio, quanto allo spirituale, si assoggettava, quanto al temporale, alla legge dello stato che lo ammetteva.

Ma grazie sian rese ai nostri legislatori, per aver ricusato di riconoscere, come causa di divorzio, la sola incompatibilità di umore: ammessa quella, niente più v'era di stabile e sicuro.

Il nuovo Codice rimonta alla legge di Romolo (143) e distingue due sorta di divorzio, essenzialmente differenti nelle loro forme: ed autorizza egualmente le due parti a provocarlo, il divorzio che chiama *per causa determinata* e il divorzio *volontario*

---

(143) È ben diverso il nuovo Codice dalla legge di Romolo sul divorzio arbitrario. Secondo la legge di Romolo la donna non poteva mai divertere dal marito, e la perdita di tutti i beni accompagnava il ripudio della moglie se lo faceva senza alcuna delle cause determinate.

che consiste non in un ripudio arbitrario permesso al solo marito (sotto tali condizioni però che rendevano questo privilegio illusorio, come il ripudio senza causa tollerato dal fondatore dell'antica Roma), ma risultante *dal mutuo consenso delle parti*, dopo i più rigorosi esperimenti: argomento che ora mi rimane a percorrere.

I I.

Del divorzio per cause determinate: quali sono queste cause? Confronto in questa parte tra il nostro antico diritto ed il nuovo

Nel nostro antico diritto, in cui non era permesso che di sospendere gli obblighi rispettivi degli sposi senza toccare il vincolo conjugale, benchè il diritto di domandare la separazione fosse reciproco, era però senza esempio che il marito la provocasse. Padrone della domestica comunità, amministratore delle azioni mobiliarie e immobiliarie di sua moglie, il suo interesse lo portava piuttosto a resistere a un'azione,

di cui l'esito lo assoggettava ad onerose restituzioni.

Nel nuovo diritto la noja, il disgusto, l'impazienza di portare un giogo che mette freno a ree passioni stabiliscono ed ammettono la reciprocità; ma pure le due parti non sono interamente alla stessa condizione.

Dei tre motivi di divorzio *per causa determinata*, 1.° l'adulterio; 2.° le sevizie, ingiurie gravi, maltrattamenti; 3.° la condanna definitiva, irrevocabile dell' uno dei due sposi a pena infamante: il primo, cioè l'adulterio, quantunque autorizzato dal vangelo, almeno come causa di separazione, non dà luogo per parte della donna a dimanda di divorzio, anzi neppure di separazione (144),

---

(144) Nella definizione dell' adulterio il diritto romano non conviene con il diritto canonico. La sola donna maritata può essere il soggetto passivo dell' adulterio. Dessa è rea di adulterio in faccia al marito, ma il marito non è reo di adulterio in faccia alla moglie. Le leggi degli Ebrei, degli Egizj, de' Greci e d' altri popoli dell' antichità, siccome ancora alcune moderne legislazioni, sono coerenti a questa massima, la quale nasce spontanea dal riflesso che i disordini essenziali

se non nel caso che lo sposo infedele porti l'insulto e il disprezzo sino a prendersi nel comun domicilio l' oggetto dell' adulterina sua fiamma. *Cod. civ. tit.* 6, *c.* 1, *art.* 230 (145).

---

di una famiglia derivano più dalla corruzione della donna, che da quella del marito. V. *Levit. cap.* 19 *e* 20, la L. 6, §. 1, D. *ad leg. Jul. de adult.* Ma nel diritto canonico è notata come adulterio la corruzione ancora del marito, qualunque sia il soggetto passivo del delitto. V. il C. *dixit* ed il C. *nemo sibi blandiatur caus.* 32, *quest.* 4, il cap. *transmissae X de eo qui cognov. etc.*

(145) Il citato articolo del Codice esprime questa causa: *Lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune.* Nel diritto romano si distingue *pellex* da *concubina.* Quella si congiunge con l' amico che ha moglie. Questa con l' amico sciolto del vincolo conjugale. V. la L. 144, D. *de verb. sign.* Heinec. *antiq. Rom. in adpend. lib.* 1, §. 38. Allorchè il marito nella casa comune tiene e tratta una donna con que' riguardi che nel seno della famiglia appartengono esclusivamente alla moglie, tenta, per quanto è di suo arbitrio, di distruggere la vera idea della monogamia e comunica ad altra donna le principali prerogative del matrimonio. Numa Pompilio v' interessò la religione, avendo proibito che la *Pellex* toccasse l' ara di Giunone, ed obbligatala a svenare un' agnella col crine dimesso se l' avesse toccata:

Allora egli cade nel secondo motivo di divorzio, le ingiurie gravi (146). In fatti, quantunque l'adulterio sia egualmente ne' due sessi una infrazione colpevole della fede conjugale, le conseguenze non sono egualmente funeste nei due casi (147).

Pellex aram Junonis ne tangito: si tangit, Junoni, crinibus demissis, agnum foemina caedito. Questa causa per il divorzio fu pure contemplata a favore della moglie dall' imperatore Teodosio nella *cit.* L. 8, C. *de repud. vel ad contemptum sui domusve suae, ipsa inspiciente, cum impudicis mulieribus (quod maxime etiam castas exasperat) coetum ineuntem..... probaverit.*

(146) Le ingiurie gravì che il Codice accenna nell' *art.* 231 non si devono confondere con la causa del divorzio espressa nell' *art.* 230. Questa è una causa che riguarda specialmente la moglie: quella è comune al marito ed alla moglie.

(147) *Les lois politiques et civiles de presque tous les peuples ont demandé des femmes un degré de retenue et de continence, qu'elles n'exigent point des hommes, parce que la violation de la pudeur suppose dans les femmes un renoncement à toutes les vertus; parce que la femme, en violant les lois de mariage, sort de l'état de sa dépendance naturelle; parce que la nature a marqué l'infidélité des femmes par des*

Rare volte era tra noi punito l'adulterio; non solo per la difficoltà di provarlo, il che rende infinitamente rari i divorzj in Inghilterra (*a*), quantunque esso costituisca la sola causa riconosciutavi dalla legge; ma ancora perchè la nostra antica giurisprudenza distingueva due sorta di delitti, gli uni *pubblici*, che ella dava da punire al pubblico ministero: gli altri *privati*, che non potevano essere messi in giudizio, che sulla domanda della parte offesa. L'adulterio della donna era tra questi, per un uso antico, quanto i costumi dei Germani (148). *Quorum poenam*

---

signes certains: outre que les enfans adultérins de la femme sont nécessairement au mari: au lieu que les enfans adultérins du mari ne sont pas à la femme, ni à la charge de la femme. Montesq. *op. cit. lib.* 26, *cap.* 9.

(*a*) Non vi sono così *infinitamente* rari, sebben non frequenti. V' è quasi sempre ne' pubblici tribunali qualche causa d'adulterio che chiama i curiosi: ed è nota la periodica mensuale raccolta di simili cause che colà si pubblica. (*Nota del Trad.*)

(148) Secondo la legge Giulia *de adulter.* l' accusa di adulterio competeva esclusivamente al padre ed al marito dell' adultera, e nel concorso d' amendue

praesens et maritis permissa: « dei quali la punizione è pronta e permessa ai mariti. » Quindi appunto perciò più terribile.

« La donna colpevole si radeva, si spogliava dei veli, era scacciata dal marito a colpi di verga in presenza della famiglia:

---

si dava la preferenza al marito: *Et magis est, ut maritus praeferatur: nam et propensiore ira, et majore dolore executurum eum accusationem credendum est.* L. 2, §. 8, D. *ad leg Jul. de adult.* L' estraneo volendo accusare di adulterio doveva premettere e giustificare l' accusa di *lenocinio* contro il marito. Senza la verificazione di quest' ipotesi non gli era permessa l' accusa di adulterio: *Probatam enim a marito uxorem, et quiescens matrimonium non debet alius turbare atque inquietare, nisi prius lenocinii maritum accusaverit.* L. 26, d. *tit.* Lo stesso marito non poteva accusare, *constante matrimonio*, di adulterio nè la moglie, nè l' adultero. Era necessario che facesse precedere il divorzio. L. 11, §. 10, d. *tit.* L' imperatore Costantino tolse indistintamente l' accusa di adulterio agli estranei, avendola riservata soltanto *marito, patri, fratri, patruo et avunculo.* L. 3, C. d. *tit.* Finalmente Giusiniano nella *nov.* 117, *cap.* 8, §. 2 stabilì che il marito volendo accusare la donna di adulterio, l' accusasse *constante matrimonio*, e non potessse ripudiarla che dopo di averla convinta del delitto.

il marito la perseguitava per tutto quel canton di paese; il più completo disonore era la pena irremissibile della violata fè conjugale. La bellezza, la gioventù, le dovizie, niente potea più procurare a tal donna un altro sposo, perchè nessuno permetteva a se stesso di trovar ridicolo il vizio: nè i costumi eran tali, che potessero servir di pretesto o scusa a perdonare al corruttore, o a colei che si era lasciata corrompere: » *Accisis crinibus, nudatam coram propinquis, expellit domo maritus, ac per omnem vicum verbere agit: publicatae enim pudicitiae nulla venia: non forma, non aetate, non opibus maritum invenerit: nemo enim illic vitia ridet, nec corrumpere aut corrumpi saeculum vocatur.* Tacit. de mor. Germ.

Nel nostro antico diritto la donna convinta d'adulterio si radeva, veniva rinchiusa in uno di quegli asili consacrati dalla pietà dei nostri padri alla espiazione del delitto, come alla consolazione della virtù: e di là non poteva essere liberata che dal suo sposo (149). Quai tempi! Quai costumi! Come

---

(140) Giustiniano, dimenticatosi che l'adulterio è sempre più grave nella donna che nell'uomo, lasciò

poteva mai un marito impegnarsi in una lotta, in cui per i pregiudizj allora vigenti era egualmente vergognoso il vincere che il soccombere (150)! Nel foro civile il marito, parte sempre riconvenuta in dimanda di separazione, che veniva sempre intentata dalla moglie, ben si guardava dal permettersi una tale allegazione, la quale, trattata ben giustamente come *ingiuria grave*, avrebbe affrettata la di lui ruina.

Ciò non potrà più accadere, in conse-

---

per questo la pena capitale, e l'abrogò riguardo alla donna adultera, sostituendovi la pena della reclusione in un monastero: *Adulteram vero mulierem competentibus vulneribus subactam, in monasterium mitti: et siquidem intra biennium recipere eam vir suus voluerit, potestatem ei damus hoc facere, et copulari ei, nullum periculum ex hoc metuens. Si vero praedictum tempus transierit, aut vir moriatur tonderi eam et monachicum habitum recipere.* V. la *nov.* 134, *cap.* 10.

(150) È questa pure la riflessione di Filangieri nell' *op. cit. lib.* 3, *part.* 4, *cap.* 50, in forza della quale vorrebbe che ne' paesi, ove per qualunque caso è proibito il divorzio, le leggi si occupassero a prevenire l'adulterio con ogni altro mezzo, fuorchè con quello della pena.

guenza delle nuove leggi: sia che il marito abbia intentato la dimanda del divorzio per causa d'adulterio, e sia giunto a provarlo: sia che abbia per questo titolo provocato la separazione, il che sarà sempre rarissimo, « la donna adultera sarà condannata da uno stesso giudizio, e sulla requisizione del pubblico ministero, alla reclusione in una casa di correzione per un tempo determinato, che non sarà meno di tre mesi, nè più di due anni. » *Cod. civ. c. 4, art.* 298. Il nuovo Codice si spiega pure nello stesso modo riguardo alla *separazione di corpo, c* 5, *art.* 308; *l'art.* 309 aggiunge « il marito resterà in arbitrio di firmare l'effetto di questa condanna, consentendo a prendere di nuovo presso di se la sua moglie. »

« Costringere uno sposo a vivere con una infame sarebbe rinnovare il supplizio di un vivo attaccato a un cadavere. » *Discorso del Consigliere di stato Treilhard.* Questo è il motivo della terza causa di divorzio, la quale esige poca procedura.

Lorsque le divorce sera demandé par la raison qu'un des époux est condamné à une peine infamante, les seules formalités

à observer consisteront à présenter au tribunal civil une expédition en bonne forme du jugement de condamnation avec un certificat du tribunal criminel, portant que ce même jugement n'est plus susceptible d'être réformé par une voie légale. Cod. civ. ibid. c. 2, art. 261.

Per quanto forte sia questo motivo, pur nel nostro antico diritto non avrebbe potuto essere allegato come causa unica, neppure di separazione di corpo. Si sarebbe giudicato che il dovere degli sposi era di sopportarsi l'un l'altro. Non sarebbe stato lo stesso trattandosi di una condanna che avesse cagionato morte civile. Posto che la società non contava più tra' suoi membri il condannato, bisognava bene che la legge autorizzasse la sposa superstite, non già a contrarre un nuovo matrimonio (la supposizione o finzione di morte non poteva sino a quel punto distruggere la realtà), ma a reggere ed amministrare i beni, invigilare al nutrimento, al mantenimento, all'educazione dei figli, come se il padre fosse uscito di vita: il che caratterizza la separazione.

Rimane a dire della seconda causa di divorzio o di separazione, per *sevizie, maltrat-*

tamenti, *ingiurie gravi:* in questa singolarmente c'è materia di confronto tra l'antico gius ed il nuovo.

I tribunali ecclesiastici si erano impossessati di queste cause, come attinenti al matrimonio. I baliaggi e siniscalcherie, che direttamente dipendevano dai parlamenti, non han tardato a rivendicarle, come oggetti di esterna polizia, essenzialmente appartenenti agl'interessi temporali. Gli ordini dei nostri Re le hanno ad essi conservate.

Oggidì il tribunal civile di prima istanza del circondario, nel quale le parti hanno il loro domicilio, che corrisponde ai nostri antichi baliaggi, è autorizzato esclusivamente ad accogliere le dimande di divorzio o di separazione. *Ibid. c.* 2, *sez.* 1, *art.* 234.

Il nuovo Codice non fa menzione della citazione dinanzi al giudice di pace, ma la legge è generale: niun'azione può essere intentata dinanzi ai tribunali civili, che non sia stata prima portata dinanzi quel tribunale di conciliazione. Dio voglia che la loro mediazione sia più efficace in avvenire, che finor non è stata (151).

(151) [illegible] più ciò deve supporsi per cause

Nel nostro antico diritto la dimanda legale della donna, per giugnere alla separazione, conteneva quattro oggetti, 1.° d'essere autorizzata ad entrare in giudizio: 2.° permissione di citare il marito a difendersi: 3.° permissione di ritirarsi, durante la causa, in un convento che le sarebbe indicato dall' arcivescovo o vescovo diocesano, perchè quegli asili erano confidati alla podestà ecclesiastica: 4.° dimanda di una pensione, tanto per le spese del processo, quanto per la propria sussistenza.

Prima di rispondere alla dimanda il presidente citava le parti a comparire dinanzi a lui in persona. La donna petente non mancava d'ubbidire, altrimenti non sarebbe stata ascoltata. Sia che il marito convenuto rispondesse o no alla citazione, il magistrato faceva ogni sforzo per metterli d'accordo, e per impegnare la sfortunata vittima, o che tale credeva d'essere, a desistere da un pericoloso tentativo. Se essa persisteva, si ri-

---

di divorzio, giacchè lo spirito dell'analoga legislazione ha voluto concilia[illegible] libertà di reclamarlo con la difficoltà di verificarlo.

spondeva alla dimanda col permesso d'assegnare ec.; e il processo andava avanti nelle forme ordinarie.

Si agitava il punto dell'ammissione della prova de' testimonj su i fatti prodotti, perchè era ben raro che in tale materia le prove sul principio fossero in iscritto. Questo era il punto principale da cui dipendeva l'esito della causa. Sia che le ingiurie e i maltrattamenti fossero veramente così reali come l'attrice in causa li esponeva: sia che il capriccio, la leggierezza o più rei motivi avessero determinato la dimanda di separazione, non si supponeva mai che l'attrice in causa non fosse giunta a tanta pubblicità di attacco, senz'aver prima preparate le sue batterie. Il tribunale pronunziava, poscia la sentenza era confermata o rigettata da un altro tribunale (giacchè le parti non si rassegnavano mai al primo giudizio); e senza rompere il vincolo formato dalle due autorità, temporale e spirituale, o rendeva alla donna la chiesta e sospirata libertà, o l'abbandonava all'eterno rimprovero della di lei coscienza, e spesso ancora a un giogo che

le si rendeva più grave dal risentimento d'uno sposo oltraggiato.

Oggi la legge non considerando, che il solo contratto civile formato dalle parti in presenza del pubblico funzionario civile, il potere giudiziario decide soltanto, che la parte che reclama il divorzio è nel caso di ottenerlo. Il giudizio reso in prima istanza, confermato dal tribunale d'appello, o dal tribunale di cassazione, se la parte soccombente ha creduto bene e di suo interesse il passare per la trafila di tutti quei gradi, non dà all'attore per divorzio che il diritto di presentarsi dinanzi all'uffiziale civile, presente o debitamente citata l'altra parte, per far pronunziare il divorzio. *Ibid. c.* 2, *art.* 260.

Se qualcheduno dei fatti allegati dall'attore in causa dà luogo a procedura criminale per parte del ministero pubblico (come sarebbero tentativi d'avvelenamento, d'assassinio, o sevizie di tanta crudeltà, che avessero posta in pericolo la vita dell'un de' due sposi, lo scandalo di un'aperta prostituzione, una procedura criminale, anche non avente alcun rapporto alla dimanda del divorzio, la quale procedura possa esporre l'uno degli

sposi a una pena infamante o afflittiva), allora l'azione in divorzio resta sospesa, sinchè si giunga a poter dedurre dal giudizio criminale una non-omissione, o una eccezione a danno di quello sposo che domanda il divorzio. *Ibid. art.* 235.

Questo è il primo caso di non-ammissione, che si riduce a breve prescrizione.

La riconciliazion delle parti dopo i fatti allegati è il secondo caso e il più perentorio, se non vengono allegati dei fatti nuovamente accaduti: nella quale supposizione i primi fatti rivivono e corroborano la nuova dimanda. *Ibid. art.* 272, 273.

Riprendiamo il filo di tutta la precedura, fissata dal nuovo Codice per i tre motivi di divorzio, detto per *causa determinata*: indichiamo sommariamente le sorgenti da cui derivano, e paragoniamole all'antico nostro diritto sulle dimande di separazione.

1.° I fatti, che si pretende e sostiene essere motivi di divorzio, saranno stati esposti sin dalla prima domanda presentata al magistrato, i documenti comprovanti saranno stati rimessi in di lui mani: ed egli intimerà all'attore in causa di presentarsi in

persona dinanzi a lui. Se nol potesse, per malattia constata da certificato di due uffiziali di sanità, il magistrato andrà egli dall' ammalato per fargli fare le osservazioni che giudicherà convenienti. *Ibid. art.* 236.

N. B. Tutto ciò è conforme al nostro antico diritto. Così pure nel diritto romano, dopo che le donne furono ammesse a intentare azione per divorzio, vennero obbligate a presentare in persona il libello di ripudio che erano disposte ad annunziare ai loro sposi.

2.° Il giudice, dopo steso processo verbale di questo primo comparire dell' attore, ordinerà che i due sposi siano citati dinanzi a lui nell' ora e nel luogo ch' egli indicherà. *Ibid. art.* 238.

3.° Se le sue replicate rimostranze sono state inutili, egli ordinerà che passi l' affare al tribunale, *dopo inteso il pubblico ministero*. Ib. art. 239.

Fermiamoci su quest' ultima circostanza: Nel nostro antico diritto le dimande di separazione non esigevano la presenza del pubblico ministero, quando le parti erano maggiori di età: il che potevasi considerare come un abuso, perchè quantunque la giu-

stizia non toccasse al nodo indissolubile del matrimonio, la sola separazione interessava con bastante importanza l'ordine pubblico, per rendere indispensabile il sentire il magistrato specialmente incaricato di vegliare alla sua conservazione. Oggi la presenza del pubblico ministero è necessaria in tutte le cause, ove le donne sono parti, anche autorizzate dai loro mariti, qualunque ne sia l'oggetto.

4.° Nei tre giorni susseguenti il tribunale accorda o sospende la permissione di citare. Se la sospende per dar tempo a nuove riflessioni per parte dell'attore in causa, questa dilazione non può oltrepassare i venti giorni. *Ibid. art.* 240.

Spirato quel termine, il convenuto è citato a comparire in persona, assistito da' suoi avvocati o difensori, per essere ascoltato a porte chiuse. Se non comparisce, il tribunale non ne tiene più conto, e l'attore espone i fatti e nomina i testimonj. *Ibid. art.* 242.

Se la domanda di divorzio è fatta dalla donna, lo stesso ordine l'autorizza a mettersi in giudizio, le assegna una casa

per abitazione in tempo della causa, condanna il marito a pagarle una pensione proporzionata alle sue sostanze; vengono apposti i sigilli su gli effetti di comune proprietà, si fa l'inventario: ogni alienazione che il marito avesse fatto, ogni obbligazione che avesse contratto a danno frodolento dei diritti dell'atrice, contando dal tempo della prima citazione, son nulle. *Ibid. art.* 268, 269, 270, 271.

5.° Dopo nominati dalle parti i testimonj che esse intendono di far ascoltare, si discute sull'ammissione a provare i fatti enunziati, cominciando dal rigettare o accogliere i titoli di non-ammissione, su i quali è interpellato il commissario del governo, e viene pronunziato un giudizio. *Ibid. art.* 246, 247.

N. B. Questa distinzione è conforme alla lettera e allo spirito delle nostre antiche leggi, e singolarmente dell'ordine del 1667, tit. 6. *delle cause di non procedere*, e non era troppo religiosamente osservata.

6.° Ammessa la dimanda, il cancelliere del tribunale dà lettura dei nomi dei testimonj: il presidente avverte le parti che pos-

sono indicarne anche degli altri, ma che passato quel momento non saranno più ricevuti. *Ibid. art.* 249.

7.° Nessun testimonio può essere ricusato per cagione di parentela o domesticità: questi chiamansi in diritto *testimonj necessarj*: « salvo però al tribunale d'avere quel riguardo che crederà ragionevole alle disposizioni dei parenti e domestici. »

I figli e discendenti sono i soli eccettuati da questa indefinita libertà; perchè sarebbe contrario alla pubblica onestà ch' essi prendessero parte in tali dispute tra gli autori dei giorni loro. *Ibid. art.* 251.

8.° La comunicazione delle dimande ed inchieste non ha il segreto talora malizioso e perfido delle nostre antiche informazioni in materia criminale, nè la prematura pubblicità di quelle che ad esse succedettero, le quali troppo spesso ottengono a forza il suffragio dei magistrati, per i vani clamori d'una turba intrigante.

Le deposizioni dei testimonj saranno ricevute dal tribunal sedente a porte chiuse, in presenza del commissario del governo,

delle parti e dei loro difensori e amici al numero di tre per parte. *Ibid. art.* 253.

Le parti potranno, o elleno stesse o per mezzo dei loro difensori, fare ai testimonj quelle osservazioni ed interpellazioni ch' esse giudicheranno convenienti, senza potere per altro interromperli nelle loro deposizioni *Ibid. art.* 254.

Il tutto steso in iscritto, sottoscritto dai testimonj, dalle parti e dai difensori o amici che saranno intervenuti. *Ibid. art.* 255.

8° Il giudizio definitivo sarà pubblicamente pronunziato .... Allorchè la dimanda di divorzio sarà fondata sopra eccessi, sevizie o ingiurie gravi, quantunque ben provate, i giudici potranno non ammettere immediatamente il divorzio: e prima di pronunziarlo autorizzar la moglie ad abbandonare la compagnia di suo marito *senza essere obbligata a riceverlo, se essa non giudica a proposito:* e condannare per altro il marito a pagarle una pensione per alimenti proporzionata alle sue facoltà, se la donna non ha dal canto suo un reddito bastante ai propj bisogni. *Ibid. art.* 258 e 259.

N. B. Nel nostro antico diritto le sentenze e giudizj pronunziavano sulle dimande di separazione, senza *l'avant faire droit*, cioè senza la previa suddetta autorizzazione alla moglie di abbondonare il marito ec., perchè questi giudizj aveano per oggetto di redimere la donna attrice da uno stato di vessazione, non già di sciogliere il vincolo conjugale; ma pure per tentare un ultimo mezzo di riconciliazione ingiungevano alla donna separata di ritirarsi per un anno in un convento che le veniva assegnato, *ove il marito aveva il diritto di frequentarla*, sperando che questa dilazione potesse calmare gli animi irritati e ricondur la concordia. Se l' attrice avea perduta la causa, i magistrati usavano qualche volta la stessa precauzione, per non consegnarla alle mani di un sposo irritato sul momento del di lui trionfo. Il nuovo Codice dà a quello dei due sposi, di cui è pendente il divorzio, il diritto di escludere il suo congiunto dall' asilo provvisorio ove l'ha posto il magistrato (152). Faccia il cielo che questo abbandono o isolamento non mol-

---

(152) Nell' *art.* 268 è ben prescritto che la donna, o attrice o convenuta, può abbandonare nella pendenza della causa sul divorzio il domicilio del marito, ed il tribunale deve fissarle la casa, ove sarà tenuta a dimorare; ma ivi non si legge che abbia

tiplichi le dimande di un' azione che tutte le formalità descritte han per oggetto di rendere più rara, per le tante spinosità con cui le circonda la legge!

In caso di appello dal giudizio d' ammissione (dei fatti) o del giudizio definitivo... la causa sarà giudicata dal tribunal d' appello, come affare urgente. *Ibid. art.* 262.

L' appello non avrà luogo se non in quanto sarà interposto entro i tre mesi, a contare dalla significazione del giudizio reso in contraddittorio o in contumacia. La dilazione per appellarsi al tribunale di cassazione contro i giudizj resi in ultima istanza sarà par di tre mesi. *Ibid. art.* 263.

Il ricorso sarà sospensivo. *Ibid.*

I I I.

Del divorzio per mutuo consenso.

La quarta causa di divorzio, dice l' orator del governo, quello cioè del mutuo con-

---

il diritto di escludere il marito dall' asilo in cui il magistrato l' abbia provvisoriamente collacato. Questo diritto per altro viene di conseguenza dallo spirito dello stesso articolo.

senso non è suscettibile d' una prova della stessa natura delle tre altre suddette: *ma ben falsa ne sarebbe l' idea e somma la calunnia al governo, se si pensasse che il contratto del matrimonio fosse distrutto dal solo consenso degli sposi, in opposizione al contratto.* «(Se così fosse, sarebbe un ammettere *l' incompatibilità* di umore, abisso senza fondo, mar tempestoso, ove la nave perisce prima che zefiro col suo pacifico soffio calmi l' onde sconvolte, e sol ne increspi soavemente la superficie.)»

La sola lettura dell' articolo ne annunzia lo spirito e la vera intenzione.

Le consentement mutuel et persévérant *des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi*, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, *prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable, et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce.* Cod. civ., tit. VI, cap. I, art. 233 (153).

---

(153) Giustiniano richiamò nella nov. 140 l' uso del divorzio per reciproco consenso del marito e della moglie: *Pro veteri sane juris ratione fas atque*

« Cittadini legislatori, tra le cause determinate di divorzio ve ne sono alcune di tale gravità, che possono cagionare funestissime conseguenze per lo sposo attaccato: queste conseguenze possono essere di natura tale, che le persone dotate di una eccessiva delicatezza preferirebbero i più crudeli tor-

---

licitum fuit, ut istiusmodi a se invicem recederent, dummodo id communi voluntate, atque consensu facerent. Adeo vero, ut multae leges essent, quae hac de re et agerent et constituerent: tum etiam talem matrimonii dissolutionem bona gratia fieri patria lingua dicerent. At postmodum a patre nostro sacratissimo principe scripta lex est, quae consensu matrimonia solvi vetat: quam sane nos etiam obtinere, atque in suo vigore manere magnopere velimus. Verum permulti nos adierunt, qui matrimonium, quo inter se nexi essent, mutuo odissent, atque aversarentur, et propterea belligeratum domi, pugnatumque esse per criminationem exponerent, idoeque matrimonium solvi peterent, tametsi causas, ob quas tuto id illis facere lex concederet, nullas afferre possent: nos vero alias monendo, alias minis terrendo, ut a mutuo inter se, eoque citra causam suscepto odio desisterent, et ad concordiam proclinarent, animisque inter se pacatis essent, illorum in his desiderium, festinationemque ad tempus suspendimus. Sed nihil

menti, e la stessa morte, alla disgrazia di render pubbliche queste cause con atti giudiziarj. Non era egli meglio per la sicurezza degli sposi, *per l' onore delle famiglie sempre compromesso, chechè se ne dica, in queste fatali occasioni,* per l' interesse stesso della società, il non rendere necessaria una pubblicità non meno amara per l' innocente che pel colpevole? » *Discorso del consigliere di stato Treilhard.*

N. B. Il gius canonico aveva ammesso questi motivi, non come cause di divorzio, ma come impedimenti dirimenti d' ogni matrimonio susse-

---

profecimus. Eos siquidem, qui violento affectu odioque semel correpti fuerint, perquam est difficile reconciliare. Contigit enim, ut ex his nonnulli ad mutuas insidias procederent, venenisque et aliis quibusdam, quæ lethalia essent, uterentur: in tantum, ut saepe neque liberi, qui ipsi communiter nati essent, illos in unam eamdemque voluntatem conjungere potuerint. Ho voluto riportare per intiero questo discorso di Giustiniano, che forma la prefazione alla *cit. nov.* 140, perchè si potesse rilevare quell' analogia che si ritrova tra il medesimo discorso ed i motivi del nuovo Codice comprovante il divorzio per mutuo consenso.

guente tra il reo col suo complice. *Cap. supra hoc, de eo qui duxit in matrimonium quam polluit per adulterium.* Il nuovo Codice ammette lo stesso principio. « Dans le cas de divorce, pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais épouser son complice. » *Ibid. c.* 4, *art.* 298 (154).

---

(154) La massima del diritto canonico non conviene al principio del nuovo Codice. Secondo il diritto canonico non può verificarsi la dissoluzione del matrimonio per adulterio; onde non si può mai verificare che il conjuge adultero in vita del conjuge innocente si unisca in matrimonio con il complice o la complice di adulterio. Se poi il matrimonio sia disciolto colla morte del conjuge innocente, il matrimonio del conjuge superstite e colpevole con l' adultero o con l' adultera allora soltanto non può celebrarsi che sia avvenuto l' uno o l' altro de' casi superiormente espressi nella nota 120. Nel nuovo Codice al *cit. art.* si suppone disciolto il matrimonio per causa di adulterio, e senza alcuna distinzione è impedito al conjuge colpevole di congiungersi in matrimonio con il complice del delitto. La celebre legge Giulia *de adulteriis* percuoteva ancora il marito, il quale avesse ritenuto presso di se la moglie dopo d' averla sorpresa nell' adulterio, oppure dopo la condanna della medesima. V. la L. 2, §. 2 e la L. 11, §. *ult.*, D. ad L. *Jul. de adult.* Percosso era pure

Sarebbe un raziocinio ben falso l'applicar qui la massima generale.

« È naturalissimo lo sciogliere un nodo cogli stessi mezzi che hanno servito a formarlo. Quindi un' obbligazione contratta con parole, con parole è distrutta: e così l' obbligazione che nasce da semplice consenso, dal contrario consenso è similmente distrutta. »

Nihil tam naturale est quam eo genere quidquam dissolvi, quo colligatum est: ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur. Leg. 35, dig. *de dif. reg. juris.* Principio rigettato in materia di ripudio dalla leg. 8 al Cod. *de repud.* (155).

In fatti è vera contraddizione nei termini il dire che un contratto, indissolubile per na-

---

dalla severa sanzione della ricordata legge qualunque avesse voluto celebrare le nozze con la donna condannata di adulterio. V. la L. 29, §. 1, d. *tit.* Anche in Atene l'ignomia della moglie contaminata di adulterio si comunicava al marito, il quale non l' avesse perciò ripudiata. V. Demost. *in Neaer.*

(155) Richiamato per altro sull' oggetto appunto di cui trattasi da Giustiniano: *Si mutua affectio matrimonia conficit, merito diversa voluntas eadem per consensum dirimit.* V. il *cap.* 1 della *cit. nov.* 140.

tura, possa essere disciolto dal concorso delle volontà dei contraenti.

Eppure in un ordine di cose, in cui il contratto civile è separato dall' intervenimento del cielo, è stato necessario, affinchè il giudice restasse convinto dei gravi motivi che determinavano questa misura, a far ritrocedere, per così dire, il contratto stesso: e obbligando le parti a passar di nuovo per tutte le trafile che avevano servito a formarlo, superare tutti gli ostacoli che le leggi antiche e moderne aveano opposto al discioglimento: ed annunziare ad essi finalmente, che, consumato in tal guisa il divorzio, non rimaneva più per loro speranza alcuna di legal riunione.

E che risulterà da un tale divorzio? Che lo sposo virtuoso, costretto a così spiacevole passo, si conformerà al precetto di S. Paolo, piuttosto di Dio stesso. « Io lor prescrivo, non già io, ma il Signore . . . . di vivere in continenza: » *Praecipio, non ego, sed Dominus . . . . si discesserit, manere innuptam.* I. ai Corint. c. 7, v. 10 (156).

---

(156) La purezza del costume, su cui ha la più decisa influenza la religione del vangelo, sarà certamente l' ostacolo il più efficace alla dissoluzione di un matrimonio che, benedetto dal sacerdote, si solleva alla dignità di sacramento. Così ne' bei tempi di

Abbiam veduto in fatti a questi ultimi disastrosi tempi, il doloroso sentimento de' quali è ormai scancellato nei nostri cuori dal rinascimento dell' ordine, senza che scancellato sia nella memoria nostra; abbiam veduto, dissi, rispettabilissime madri di famiglia costrette a ricorrere al divorzio, per conservare ai loro figli i rimasugli di una passata fortuna, senza permettere a se stesse il formar nuovi nodi, meritare ed ottenere con questo violento sagrifizio più gloria, che non avrebbero ritratta da una certa apatia in mezzo alla universale desolazione.

Altri costumi, altre opinioni religiose, indurranno esse lo sposo innocente a contrar nuovi

---

Roma la solenne inaugurazione delle nozze unita alla severità del costume non lasciò vedere per cinquecento e vent'anni un solo esempio di divorzio. V. Halicarn. II, 1, *p.* 96. Plutarc. *in Romul. et in Numa.* Valer. Massim. II, 1. Gell. *noc. attic.* 4, 3. Se uno sposo virtuoso ha giustissimi motivi per abbandonare la sua sposa, ed altronde la voce della religione gli gridi all' orecchio che il nodo è indissolubile, il nuovo Codice gli presenta un altro mezzo, la *separazione* cioè *del corpo* dalla medesima religione approvata, per cui viene a liberarsi dal contagio di una moglie depravata, senza punto attentare all' indissolubilità del matrimonio.

impegni? Potrà ciò riguardarsi come un velo alla sua prostituzione, onde in qualche modo diminuirne lo scandalo.

I V.

Condizioni del divorzio per mutuo consenso. Età degli sposi divorzianti.

La legge giudica l'uomo capace di contrar matrimonio ai 18 anni compiuti: la femmina ai 15.

A quella tenera età cerea, come la dice Orazio, non può supporsi ne' due sposi una risoluzione stabile abbastanza per autorizzarli a distruggere con semplice consenso mutuo l'indissolubile impegno da essi contratto.

Esige il nuovo Codice che siano giunti all'età in cui la legge permette loro di contrar matrimonio senza il consenso dei loro padre e madre e altri ascendenti: e ciò che la legge autorizza per la formazione del vincolo conjugale, non lo permette per la sua dissoluzione dopo uno sperimento di due anni che coll'approvazione dei loro genitori (157).

---

(157) Il dotto Ubero, *Digres. jur. civ. par.* 2, *lib.*

Le consentement des époux ne sera point admis, si le mari n'a au moins vingt-cinq ans, ou si la femme est mineure de 21 ans. Ibid. cap. 3, art. 269.

1, *cap.* 18, dimostrò con molta erudizione che l'antica legislazione de' Romani dava al padre la facoltà di sciogliere riguardo alla figlia maritata il matrimonio, sebbene felicitato dalla più perfetta concordia de' conjugi. L'imperatore Marco Antonino stabilì *non esse patribus permittendum ut bene concordantia matrimonia jure patriae potestatis turbentur.* V. la L. 1, §. *ult.* D. *de lib. exhib.* Un'eccezione per altro di questa generale proibizione scorgesi nella L. 5, C. *de repud.* = *Nisi magna et justa causa interveniente hoc fecerit:* p. e. se la figlia per timore, per riverenza o per amore eccessivo verso il marito non volesse in alcun modo divertere dal medesimo, quantunque per le sue scelleratezze indegno del nodo conjugale. Dalla *nov.* 22, *cap.* 9 si rileva ad evidenza, che a' tempi di Giustiniano era in uso il divorzio de' conjugi, figli di famiglia, ancora senza il consenso de' genitori; poichè nel *cit. cap.* suppone l'imperatore un divorzio diretto a pregiudicare il padre dello sposo o della sposa sull' esazione della dote o della *sponsalizia* largità: *Quoniam quosdam invenimus ex studio repudia scribere festinantes et mittere suis uxoribus, aut etiam ex diverso et nulla rationabili penitus existente causa, solvere matrimo-*

Le consentement mutuel ne sera point admis, qu'après deux ans de mariage. Ibid. art. 270.

Dans aucun cas le consentement mutuel des époux ne suffira, s'il n'est autorisé par leurs père et mère, ou par les autres ascendans vivans. Ibid. art. 272 (158).

---

nia, ut eorum parentes subjaceant exactioni dotis, aut sponsalitiae largitatis, quasi soluto matrimonio: et ipsi quidem forsan latenter miscentur alterutris. Proibisce quindi Giustiniano ai figli indistintamente il divorzio, che pregiudichi all'interesse de'genitori: *Sed sicut in contractu nuptiarum expectamus patrum consensum, ita neque transigere matrimonia sinimus in parentum laesionem, citra illorum voluntatem ..... Non enim habet rationem parentem quidem citra voluntatem filii non posse transigere matrimonium filiis autem permittere, forsan et in minori aetate constitutis, neque quod utile sit, scientibus citra patrum voluntatem solvere matrimonium, et ex hoc parentes laedere.*

(158) Una maggiore età ne' conjugi, due anni di matrimonio ed il consenso de'genitori od altri ascendenti sono ii tre principali requisiti ch' esige il nuovo Codice nel divorzio per il mutuo consenso de' conjugi. Una maggiore età ne' conjugi. Le provvide leggi della natura dirigono l' infiammata gioventezza al matrimonio, ma riguardano con orrore

Siccome l' età troppo tenera e leggera, la troppo breve esperienza sono motivi a rigettare la dimanda di divorzio: così la lunga coabitazione, l' età in cui la donna abbia perduto la speranza di dar figli allo stato non lasciano neppur supporre che la vita in comune sia divenuta tutto in un

---

l' arbitraria soluzione di un nodo, che per la sua maggiore perfezione esige una certa stabilità. Quindi l' età prescritta per una congiunzione tanto consentanea all' ordine fisico e morale non deve bastare, allorchè trattasi di un oggetto che urta contro il voto della natura. Due anni almeno di matrimonio. *Bisogna*, dice benissimo l' oratore del governo, *lasciare agli sposi il tempo di conoscersi e di sperimentarsi.* Senza questa cautela potevasi giustamente temere che la leggerezza e l' incostanza, i capricci passaggeri, l' influenza di una passione non desser causa al divorzio. Il consenso de' genitori od altri discendenti. Se il consenso degli sposi non si è creduto bastevole per la celebrazione di legittime nozze, che pure sono una congiunzione reclamata dalla stessa natura, neppure doveva bastare per autenticare il divorzio, quando si ripete dal solo mutuo consenso de' conjugi; e in questo caso si verifica perfettamente l' applicazione della nota regola del romano diritto: *Eodem genere, quidquid dissolvitur quo colligatum est?*

tratto insopportabile a coloro che sì lungamente l' han sopportata. Questi motivi bastano a rigettar la dimanda di divorzio per mutuo consenso.

Le consentement mutuel ne pourra être admis après vingt-ans de mariage , ni lorsque la femme aura quarante-cinq ans. Ibid. art. 271 (159).

V.

Condizioni preliminari alla dimanda di divorzio per consenso mutuo.

Nel divorzio *per causa determinata* l'amministrazione dei figli rimane al padre , se

---

(159) Allorchè la tranquilla coabitazione di venti anni attesta la compatibilità del carattere de' conjugi, la legge vede con orrore che una successiva loro dichiarazione invochi la dissoluzione del matrimonio. Di fatti la prova per quest' oggetto nel nuovo Codice prescritta deve verificare che la vita comune de' conjugi è per essi insopportabile. Ma il quieto matrimonio di cinque lustri non può non essere una presunzione di diritto per escludere simiglianti prove. La donna maritata e giunta all' età d' anni 45 esclude pure il divorzio per il mutuo consenso de' conjugi. Si è creduto che in quest' età la donna non abbia

non viene altrimenti disposto dal tribunal civile, per la dimanda o della madre, o della famiglia, o del pubblico ministero, *per il maggior vantaggio de' figli.* Ibid. c. 2, sez. 2, art. 267, c. 4, art. 302 (160).

---

ordinariamente la fisica abilità di dare figli allo stato. La celebre legge di Augusto *de maritandis ordinibus* aveva nel maschio fissata l'età oltre i sessanta anni e nella femmina oltre i cinquanta, all'oggetto di riguardarla estranea allo scopo principale del matrimonio, la generazione della prole. Ma siccome i conjugi non possono rimaritarsi che tre anni dopo il divorzio avvenuto per il mutuo loro consenso, così doveva in fatto verificarsi che la donna divorziata nell'età di quarantacinque anni venisse a rimaritarsi nell' età di 48.

(160) *Licet neque nostra, neque divorum parentum nostrorum ulla constitutione caveatur, ut per sexum liberorum inter parentes divisio celebretur: competens tamen judex aestimabit, utrum apud patrem, an apud matrem, matrimonio separato filii morari, ac nutriri debeant.* L. *unic.* C. *divort. fact. apud quem liber. morar. etc.* Giustiniano nel *cap.* 7 della *nov.* 117 ha distinto più casi. I. Per divorzio causato dal padre i figli devono alimentarsi a sue spese presso la madre, la quale però non passi a seconde nozze. II. Per divorzio causato dalla madre sono i figli alimentati presso il padre. III. Se il padre fosse po-

La casa, ove la donna che dimanda divorzio è tenuta di ritirarsi in tempo della causa, è indicata dal tribunale: e il tribunale fissa la pensione che il marito sarà obbligato di pagarle, se i beni della donna non bastano a' di lei bisogni, ben *provandosi ed osservandosi* sempre da lei la *residenza nella*

---

vero e la madre ricca, rimangono i figli presso la madre, e da essa ricever devono gli alimenti. La legge francese de' 20 settembre 1792, *art.* 2 aveva stabilito che nell' assemblea di famiglia fosse determinato a quale de' conjugi divorziati si dovesse affidare la cura de' figli. All' ordine, che in una famiglia prescrive la stessa natura, pare più conveniente che il padre, come il capo ed il direttore principale della famiglia medesima, debba avere nel caso di divorzio una cura esclusiva de' figli, i quali procreati da giuste nozze seguono la di lui condizione e non quella della madre. Ma giustissime cause possono avvenire, per cui non convenga attenersi ad una simile convenienza. Il tribunale civile deve valutarle, allorchè gli vengono esposte o dalla madre o dalla famiglia o dal pubblico ministero. Può alle volte convenire che questo prezioso deposito debba confidarsi alle cure di una terza persona. Il maggiore vantaggio dei figli è la legge prevalente in questo caso: *Utilitatem pupillorum praetor sequitur*. L. 10, D. *de conf. tut.*

casa indicata. Ibid. c. 3, sez. 2, art. 268, 269 (161).

Così non accade, quando la dimanda di divorzio ha per base il mutuo consenso delle parti: la legge esige che tutti gl' interessi pecuniarj siano regolati tra i congiunti divorzianti e le loro famiglie, prima che una tale dimanda possa essere ammessa.

Gli sposi determinati a divorzio per mutuo consenso saran tenuti di fare previamente inventario e stima di tutti i loro beni, mobili e stabili, e di regolare i loro diritti rispettivi, su i quali sarà libero ad essi il transigere. *Ibid. art* 279.

Saranno parimente tenuti a determinare ed assicurare i tre punti seguenti:

1. A chi i figli nati dalla loro unione saran confidati, sia in tempo degli esperimenti, sia dopo pronunziato il divorzio (162).

---

(161) Il tribunale indica la casa, ove la donna è tenuta a risiedere nella pendenza della causa; ma è facoltativo alla medesima di domandare questa provvisoria separazione di domicilio = *pourra quitter le domicile du mari pendant la poursuite.* =

(162) Anche la precitata legge francese nell'*art.* 1, §. 4 aveva per simile oggetto accordata la prefe-

2. In quale casa dovrà la donna ritirarsi e rimanere in tempo degli sperimenti.

3. Quale somma il marito dovrà pagare

---

senza alla relativa convenzione de' conjugi disposti a disciogliere il matrimonio per mutuo consenso ; ma non la esigeva in prevenzione al divorzio , come la esige il nuovo Codice nel *cit. art.* Quindi nella mancanza di questa convenzione aveva la medesima legge distinto l' età ed il sesso. Sino all' età di sette anni i figli senza distinzione del sesso dovevano confidarsi alle cure della madre , ed oltre il periodo indicato dell' infanzia i maschi erano al padre assegnati. Potrebbe per altro avvenire , che fra i conjugi vi fossero contestazioni su i punti indicati nell' *art.* 280 , di cui si deve preliminarmente stabilire in via di convenzione un regolamento. In questo caso sarà ad essi lecito o di ricorrere al tribunale per averne l'opportuna definizione , oppure d' interporre l' amichevole giudizio degli arbitri di comune confidenza ? Al tribunale non mai ; poichè l' *art.* precitato prescrive decisivamente che i tre punti ivi dettagliati sieno regolati per convenzione de' conjugi, ridotta a scrittura. Svanirebbe quindi l' idea della convenzione , se le insorte contestazioni fossero giudicate dal tribunale. Per quanto poi concerne il giudizio degli arbitri di comune confidenza , sono persuaso che questo nel contemplato caso si possa benissimo interporre , essendo l' idea del *compromesso* analoga all' idea della convenzione , che non altera punto la massima stabilita pel regolamento de' proposti tre punti,

alla moglie per quel tempo, s'ella non ha redditi sufficienti per provvedere ai proprj bisogni. *Ib. art.* 280.

V I.

Cessione degli sposi divorzianti per consenso mutuo della metà di tutti i loro beni ai loro figli.

Romolo autorizzando il marito a mandare alla moglie il libello di ripudio (fuori dei casi fissati dalla legge) lo privava della totalità de' suoi beni, dei quali la metà passava alla donna ripudiata, l' altra metà era consacrata a Cerere. (*V. più sopra num.* I).

Oggi gli sposi che fanno divorzio per mutuo consenso, avendo figli, perdono di pien diritto, *dal giorno della loro prima dichiarazione*, la nuda proprietà della metà di tutti i loro beni, la quale metà passa ai loro figli: riservato l' usufrutto ai padre e madre, per servire al nutrimento, mantenimento, educazione dei loro figli, sino alla maggiorità: e per essere a quell' epoca riunito in favor loro alla proprietà. *Ib. c.* 4, *art.* 305 (163).

(163) *Le divorce*, dice Montesquieu, *op. cit. lib.* 16

VII.

Prove o sperimenti e formalità.

1. I due sposi sono tenuti di presentarsi *in persona* al presidente del tribunal civile,

---

cap. 15, *a ordinairement une grande utilité politique; et quant à l'utilité civile, il est établi pour le mari et pour la femme, et n'est pas toujours favorable aux enfans.* Ho già altrove osservato che il celebre Hume ne' suoi saggi morali e politici appoggia sull'esistenza di una prole innocente, la quale non cessa di reclamare la maritale concordia, il più forte argomento contro il divorzio. Anche l'illustre Cambacérès aveva proposto d'interdire, ai conjugi che avessero figli, il divorzio di mutuo consenso. Il sig. di Maleville spera dai nipoti la perfezione della legge in riguardo al divorzio volontario = *il faut convenir que ce divorce une fois admis on a pris les plus grandes precautions pour que les citoyens en abusassent le moins possible de faire dans les circonstances où elle a été portée; mais j'espère que nos neveux la perfectionneront. Reposita est haec spes in sinu meo.* I compilatori del Codice riprovano *virtualmente* il divorzio di mutuo consenso nell' esistenza de' figli, lo riconoscono un' ingiuria ai figli medesimi; ma imitatori di Romolo, il quale punì nel marito l' ingiusto ripudio della moglie con la perdita de' beni, senza toglierne gli effetti, lo puniscono

e fare avanti ad esso la dichiarazione della loro volontà alla presenza di due notari da loro condotti. Il giudice farà leggere ai conjugi riuniti ed a ciascun di loro in particolare il capo IV più sotto (che riguarda

---

egualmente coll' aggiudicare ai figli in proprietà la metà de' beni paterni e materni nello stesso tempo che ne ammettono le conseguenze. Ed in questa disposizione scorgesi pure una specie della legge *minus quam perfecta*, della quale ho dato la definizione in altre note sull' autorità di Ulpiano *in fragm. tit.* 1, §. 2. L' espressione *de plein droit* è importante ed equivale alla conosciuta espressione = *ipso jure*, la quale propriamente significa l' operazione immediata della legge senza ministero del giudice, la cui dichiarazione in ogni ipotesi non potrebbe riguardarsi che dimostrativa del diritto già acquistato per forza della legge. Nel *cit. art.* 305 la metà de' beni s' intende perduta in favore de' figli dall' epoca della prima dichiarazione emessa dai conjugi per il divorzio. Sembra inutile l' avvertire che la sanziono deve intendersi operativa nel caso soltanto che ne sia in effetto susseguito il divorzio. L' opinione contraria, come osserva Maleville, andrebbe contro il fine della legge, e la perdita della metà de' beni, verificata irreparabilmente nel giorno della prima dichiarazione, sarebbe una potente risorsa per allontanare i conjugi dal pentimento.

gli effetti del divorzio), e sotto gli occhi loro porrà tutte le conseguenze della loro azione. *Ibid. c. 3, art.* 281, 282.

2. Se persistono, sarà ad essi dato dal giudice l'atto relativo alla dimanda del divorzio per mutuo consenso.

Due notari stenderanno processo verbale di tutto ciò che sarà stato detto, della presentazione fatta dagli sposi dei loro documenti e attestati di nascita e matrimonio, degli attestati di nascita e morte dei figli nati dalla loro unione, *dell' autentica dichiarazione dei loro padri e madri, avoli ed avole viventi, la quale dica* « che per cagioni ad essi note essi autorizzano N. N. loro figlio o figlia, nipote maschio o nipote femmina, maritati a N. N., a dimandare divorzio e consentirvi. »

I padri e le madri, gli avoli e le avole si suppongono vivi, sinchè non vengono presentati documenti comprovanti la loro morte.

La minuta del processo verbale rimarrà nelle mani del notaro seniore, coi ricapiti e allegati annessi a quello. *Ib. art.* 277, 278.

3. Replica delle stesse formalità, durante

il corso intero di un anno, dai due sposi in persona, nei primi quindici giorni del quarto, settimo e decimo mese.

Ad ognuna di queste repliche le parti saranno tenute di presentare in iscritto la prova, che i loro padri e madri e altri ascendenti viventi persistono nella loro prima determinazione. *Ibid. art.* 285.

4. (Affinchè intera sia la reciprocità tra l'atto che ha legato e stretto il matrimonio, e l'atto che lo scioglie) entro i quindici giorni dopo l'anno compiuto, contando dalla prima dichiarazione, gli sposi, *ognun d'essi assistito da due amici, persone notabili del circondario, in età di cinquant' anni almeno,* si presenteranno insieme *in persona* al presidente del tribunale, o del giudice che ne farà le funzioni, gli consegneranno la spedizione in buona forma dei quattro processi verbali suddetti e di tutti gli atti annessi a quelli, e faranno istanze, ciascuno separatamente, per l'ammissione del divorzio, in presenza l'uno dell'altro e dei quattro notabili.

5. Nuove osservazioni da farsi dal magistrato e dagli assistenti. Se gli sposi persi-

stono, sarà steso processo verbale dal cancelliere del tribunale di tutto il seguito, sottoscritto dalle parti, dai quattro testimonj, dal giudice e dal cancelliere. *Ib. art.* 287.

6. Il giudice ordinerà che ne sarà nuovamente inteso il tribunale fra tre giorni, dopo sentito il pubblico ministero. *Ib. art.* 288.

7. La forma delle conclusioni o decreti del pubblico ministero è la seguente: La legge permette. « La legge si oppone. » *Ib. art.* 289 (164).

8. Il tribunale, senz' altra verificazione che quella delle forme prescritte dalla legge, *ammetterà* o *rigetterà* la dimanda. Se l'ammette, rimanderà le parti all' uffiziale dello stato civile per l' esecuzione. Se la rigetta, esporrà i motivi della sua rejezione. *Ibid. art.* 290.

9. L' appello dal giudizio, che avrà ammesso o rigettato il divorzio, non avrà luogo, se non sarà chiesto di concerto *dalle*

---

(164) Questa forma di conclusione esprime egregiamente il sovrano impero della legge, a cui ogni autorità dev' essere subordinata: *Nihil tam proprium imperii est, quam legibus vivere.* L. 3, C. *de testam.*

due parti, sebbene *con atti separati*, *al più tardi entro i venti giorni* dalla data del giudizio di prima istanza. *Ib. art.* 291 (165).

N. B. Eppure l'appello di una sola delle parti dal giudizio, che avesse ammesso il divorzio, sarebbe una prova della rivocazione del suo consenso. È dunque così utile il divorzio, che si giudichi, dopo l'atto e contratto giudiziario in prima istanza per il rispettivo consenso delle parti, non potersi esso più rivocare in forza dell' appello di una di esse dal giudizio d'ammissione (166)?

---

(165) Nell'*art.* indicato trattasi soltanto di appellazione dal giudizio che abbia rigettato il divorzio. Come mai si poteva supporre il caso di appellazione dal giudizio, che ammettendo il divorzio viene a corrispondere alla dichiarazione manifestata dai conjugi, e dopo i più solenni esperimenti replicata?

(166) La disposizione di quest'*art.*, che ad una sola delle parti non permette l'appellazione dal giudizio rigettante il divorzio, ha una perfetta connessione con la domanda rigettata. Era necessario che vi fosse in prevenzione il mutuo consenso delle parti, perseverante sino al giudizio pronunziato: è pure necessario, che un simile consenso si rinnovi per l'esperimento di un secondo giudizio, il quale non può non presupporre il concorso di quella mutua e corrispondente dichiarazione che precedeva il primo.

10. Entro i dieci giorni a contar dalla data della significazione del secondo atto d' appello il commissario del governo presso il tribunale di prima istanza farà passare al commissario del governo presso il tribunale d'appello il giudizio e gli atti per i quali è stato pronunziato.

Il commissario del governo presso il tribunale darà in iscritto il suo parere entro i dieci giorni susseguenti alla consegna delle carte suddette. Il presidente o il giudice, che ne farà le veci, farà il suo rapporto al tribunale d'appello nella camera del consiglio, e sarà definitivamente decretato entro i dieci giorni susseguenti alla consegna del parere del commissario. *Ib. art.* 293.

11. In forza del giudizio, che ammetterà il divorzio, *e dentro i venti giorni dalla sua data*, le parti si presenteranno insieme *in persona* all' uffiziale dello stato civile, perchè sia pronunziato il divorzio, *oltrepassato questo termine il giudizio resterà nullo, come non avvenuto.* Ib. art. 294 (167).

---

(167) La disposizione dell' *art.* 294 deve calmare l'inquietudine dell' autore espressa nel suo *N. B.* sotto il

VIII.

Effetti del divorzio nelle sue differenti specie.

Le divorce prononcé, pour quelque cause que ce soit, élève une barrière insurmontable à toute réunion postérieure. Ibid. c. 4, art. 289.

« Il divorzio (dice l'orator del governo)

---

num. 9. Dal giudizio che ammette il divorzio non si dà l'appellazione, perchè sarebbe in contraddizione al mutuo consenso delle parti, al quale lo stesso giudizio perfettamente si conforma. Ha però ciascuna delle parti una risorsa ancora, se mai all'espressa dichiarazione per il divorzio sia susseguito un utile pentimento. Il giudizio sull'ammissione del divorzio non discioglie per se stesso il matrimonio: è necessario che vi concorra l'uffiziale dello stato civile, il quale essendo il necessario e solenne testimonio nella celebrazione delle nozze, deve pure egli stesso pronunciare il divorzio conformemente al giudizio del tribunale che lo ammette. Se quindi le parti non si presentano unitamente ed in persona nello stabilito termine di venti giorni all'uffiziale dello stato civile per far pronunciare il divorzio, il giudizio sulla ammissione del medesimo si considera come non avvenuto.

non deve essere pronunziato che in forza di prove di assoluta necessità . . . È importante che gli sposi siano prima ben convinti della gravità dell' azione che si propongono d' intentare . . . È importante che sposi avidi o destri, non contenti dei vantaggi assicurati dal loro contratto di matrimonio, non possano sperare o veder nel divorzio un mezzo per formare nuovi contratti ed ottenere maggiori vantaggi. » *Discorso del consiglier di stato Treilhard* (168).

---

(188) La disposizione del nuovo Codice, espressa nell' *art.* 295, è affatto contraria a quella del diritto romano, secondo la quale i conjugi divorziati o non passati ad ulteriori nozze, oppurre nello stato vedovile potevano rinnovare il disciolto matrimonio. Osserva quindi su tale proposito fra gli altri l' autorevole Giovanni Voet, che le nozze nell' ipotesi di riconciliazione susseguita ad un formale divorzio che scioglie il vincolo devono celebrarsi con quelle stesse solennità che sono prescritte, come se tra i conjugi riconciliati non si fossero giammai celebrate. Ma riguardo alla costituzione della dote, ai patti dotali ed altre convenzioni che avessero preceduto il matrimonio dapprima contratto, opina il lodato autore che senza una contraria dichiarazione s' intendono tacitamente riconfermate nelle nozze rinnovate. Il sig. di

Chi potrebbe figurarsi che questo articolo del nuovo Codice è tratto dal gius canonico?

Non si presta più fede ai malefizj, e con ragione: è assurdo il credere che Dio permetta al suo nemico di turbar l'ordine della natura, servendosi delle passioni degli uomini. I miracoli provati dai sacri libri e dalla tradizione della chiesa universale han-

---

Maleville nella sua analisi ragionata della discussione del Codice civile al consiglio di stato, *tit.* 6, *cap.* 4, ha osservato che l'*art.* 295, proibente ai conjugi divorziati di riunirsi in matrimonio, si conforma all'opinione di Montesquieu, il quale nel *lib.* 16, *cap.* 15 *dello spirito delle leggi*, confrontando la legge delle Maldive (isole dell'Oceano), che permette la riunione dopo il divorzio con quella del Messico che la proibisce, dice che la legge del Messico è più sensata della legge delle Maldive, perchè la legge del Messico nel tempo ancora della dissoluzione si manifesta sollecita per la stabilità del matrimonio; laddove la legge delle Maldive sembra giuocarsi egualmente del matrimonio che del ripudio. Qui per altro conviene riflettere, che Montesquieu distingue nel *cit. cap.* il *divorzio* dal *ripudio*. Il *divorzio*, egli dice, *si fa per mutuo consenso all'occasione di una reciproca incompatibilità: laddove il ripudio si fa per la volontà ed avvantaggio di una delle parti indipendentemente*

no ben altri oggetti, degni dell' onnipotenza dell' Essere supremo.

Non si presta più fede ai malefizj, ma si credevano nel nono secolo dell' era nostra.

Il celebre Incmaro, arcivescovo di Reims, consultato sulla validità di un matrimonio, di cui, per quanto dicevasi, i prestigj impedivano la consumazione, ordina dapprima digiuni, preghiere, esorcismi. « Se i voti dei due sposi non sono esauditi, dic' egli, *si separino;* ma quando avran ricercato nuovi legami, *l' uno e l' altro viventi*, non sarà loro più permesso d' unirsi a quello o quella

---

dalla volontà ed avvantaggio dell' altra. La legge del Messico accordando soltanto il divorzio giusta la definizione di Montesquieu ha una ragione per non permettere la riunione ai divorziati, la quale certamente non è attendibile nel ripudio domandato dall' uno de' conjugi per una causa determinata contro l' altro. La legge mosaica allora soltanto non permetteva al marito di riunirsi alla donna ripudiata, che questa rimaritata dopo il ripudio fosse dal secondo marito ancora abbandonata, oppure rimasta vedova: *Non poterit prior maritus recipere eam in uxorem, quia polluta est, et abominabilis facta est coram domino.* Deut. *cap.* 24, *v.* 4.

che avranno abbandonato, *quand' anche fosse cessata l' impotenza.*

Sed postquam alias nuptias expetiverint, illis in carne viventibus quibus junctae fuerint: prioribus quos reliquerant, etiamsi possibilitas concumbendi reddita fuerit, reconciliari nequibunt. Hincmarus Remensis, can, *super sortiarias.* Caus. 33, quest. I (169).

---

(169) S' inganna a partito l' autore in supporre che l' articolo del conjuge proibente ai divorziati di riunirsi in matrimonio sia tratto dal *gius* canonico. A confutazione di quest' ipotesi basterebbe la semplice osservazione che nel *gius* canonico non si riconosce il vero divorzio, il quale sciolga il vincolo del matrimonio contratto senz' alcun de' così detti impedimenti *dirimenti*, se si eccettua il caso relativo al matrimonio *rato* e non *consumato*, il quale si discioglie con il passaggio d' uno de' conjugi alla professione religiosa, indipendentemente dalla volontà dell' altro: *Verum post consensum legitimum de praesenti, licitum est alteri, altero etiam repugnante, eligere monasterium dummodo carnalis commixtio non intervenerit inter eos, et alteri remanenti, si commonitus continentiam servare noluerit, licitum est ad secunda vota transire; quia cum non fuissent una caro simul effecti satis, potest unus ad Deum transire, et alter in saeculo remanere.* V. il cap. 2, de

conv. conjug. Quindi il Concilio di Trento conformandosi alle pontificie sanzioni pronunziò l' anatema contro chi dice che il matrimonio *rato* e non *consumato* non si discioglie per la solenne professione religiosa d' uno de' conjugi, *sess.* 24, *can.* 6, *de ref. matr.* Neppure giova al proposito dell' autore il riportato passo dell' arcivescovo Incmaro, il quale giustamente spiegato non altro decide, se non che il matrimonio annullato per una verificata impotenza nello sposo di congiunzione non si può rinnovare, sebbene non esistesse più l' indicato impedimento, ogni qual volta la sposa fosse ad ulteriori nozze passata e vivesse il secondo marito. Al concilio II il provinciale di Toul convocato nell' anno 806 fu portata una causa dipendente da matrimonio celebrato nell' Aquitania da persona nobile, Stefano di nome, con la figlia del conte Regimondo, e derivata dal non essersi lo sposo giammai potuto indurre alla consumazione del matrimonio. Allegava Stefano il pretesto di affinità contratta secondo le prescrizioni canoniche per *copula* avuta con una consanguinea della sposa; ed il padre della medesima istava, perchè provasse tale impedimento. Avendo Incmaro per ordine del concilio scritta una lettera su questa controversia a

che dieci mesi dopo il divorzio pronunziato.

Dans le cas de divorce prononcé pour cause déterminée, la femme divorcée ne

---

Rodolfo di Bourges e Frotario di Bordeaux metropolitani d' Aquitania, colse quell' occasione per trattare alcune cose sulla conciliazione o dissoluzione de' matrimonj, ma, come osservò l' eruditissimo Berardi, invece di spiegare la sottile disciplina del diritto, accondiscese piuttosto ai costumi ed alle volgari tradizioni de' suoi tempi, di que' tempi cioè, in cui i popoli delle Gallie e della Germania corrotti da assurde superstizioni ammettevano alcuni sforzi infami ed empj di uomini e donne per riconciliare o per rimuovere l' amore conjugale. Ecco di fatti come spiegasi nella ricordata lettera l' arcivescovo di Reims: *Sed subtilis investigatio et rationabilis discretio in his prius est adhibenda; utrum quasi naturalis in viris sit hujusmodi commixtionis impossibilitas (quia et sunt eunuchi, sicut scriptum est, qui de matris utero sic nati sunt), an hoc impedimentum operatione diaboli, sicut fieri assolet, illis accidit. Quod si per sortiarias, atque maleficas occulto; sed nunquam, vel nusquam injusto Domini judicio permittente, et diabolo operante, accidit, hortandi sunt quibus ista eveniunt, ut corde contrito et spiritu humiliato, Deo et sacerdoti de omnibus peccatis suis*

pourra se remarier que dix mois après le divorce prononcé.

Dans les cas de divorce par consentement mutuel, aucun des deux époux ne peut contracter mariage, que trois an après le divorce prononcé. Ibid. c. 4, art. 296, 297.

La prima disposizione corrisponde all'anno di lutto del diritto romano. (V. il titolo *del matrimonio*, num. 22 (170).)

---

puram confessionem faciant, et profusis lacrymis ac largioribus eleemosynis, et orationibus atque jejuniis, Domino satisfaciant cujus judicio pro suo merito, et ab illa benedictione privari inviti meruerant, quam Dominus primis parentibus ante peccatum in paradiso donavit, qua etiam post peccatum genus humanum in totum privari non voluit; et per exorcismos, atque caetera medicinae ecclesiasticae munia, ministri ecclesiae tales, quantum annuerit Dominus, qui Abimelech, ac domum ejus Abrahae orationibus sanavit, sanare procurent. Qui forte si sanari non poterunt, separari valebunt. Sed postquam alias nuptias expetierint, illis in carne viventibus, quibus junctae fuerint, prioribus quos reliquerant, etiamsi possibilitas concumbendi eis reddita fuerit, reconsiliari nequibunt. V. Carol. Sebast. Berardi *in oper. Gratiani canones etc. par. 3, cap. 36.*

(170) Sebbene dicasi comunemente l'*anno del lutto*

quello che la donna deve passare nello stato vedovile, come destinato a piangere il defunto marito, ciò nonostante la ragione precipua si è il pericolo che la prole nata in quel tempo non si sappia se al morto oppure al secondo conjuge debba appartenere. La L. 11, D. *de stat. hom.* rischiara con due casi e decide la questione: *Etsi talis maritus sit, quem more majorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari: praetor enim ad id tempus se retulit, quo vir elugeretur, qui solet elugeri propter turbationem sanguinis: Pomponius autem eam, quae intra tempus partum ediderit, putat statim posse nuptiis se collocare: quod verum puto.* Siccome poi nel diritto romano il tempo più lungo determinato per la presunta legittimazione della prole nascitura si è di dieci mesi compiuti. V. la L. 3, §. *pen.*, D. *de suis et legit. haered.* la L. *pen.*, C. *de posth. hered. inst.*, così il nuovo Codice nel proibire alla donna divorziata il passaggio ad altre nozze soltanto nel corso di dieci mesi si è perfettamente conformato al termine perentorio che il diritto romano prescrisse per ritenersi legittima la prole nascitura. Dalla *nov.* 34, *cap.* 2 rilevarono alcuni interpreti che Giustiniano abbia riconosciuto legittimo il parto venuto alla luce dopo l'undecimo mese dalla morte del marito. Ma altri osservarono che ivi Giustiniano non fece alcun cangiamento riguardo alla

Certamente per dar tempo ai due sposi

---

regola stabilita del decimo mese, ma volle soltanto punire colla perdita della donazione antenuziale una donna sfrontata, la quale avendo partorito nell' undecimo mese dopo la morte del marito confessò che il parto non era legittimo, ma *opus naturalis concupiscentiae*, avendo invariabilmente ritenuto, *indubitatem sobolem non ex priori consistere matrimonio.* La pratica per altro, giusta l'osservazione quasi comune de' prammatici, estese oltre il decimo mese dalla morte del marito la legale presunzione del parto legittimo. Presso gli Ebrei tra l'uno e l'altro matrimonio doveva passare l'intervallo di tre mesi. V. Grozio *de jur. bel. et pac. lib.* 2, *cap.* 5, *n.* 2. La disciplina ecclesiastica sul riflesso che l'incontinenza è uguale nell'uno e nell'altro sesso, che non occorreva proibire alle femmine sotto pena d'infamia ciò che ai maschi era permesso, non prescrisse alcun tempo alle vedove per rimaritarsi: *Mulier alligata est legi, quanto tempori vir ejus vivit: quod si dormierit vir ejus, liberata est; cui vult nubat tantum in Domino.* Ep. ad Corinth. *cap.* 7, *v.* 9. Su questo passo di Paolo sono appoggiate le decretali di Urbano III ed Innocenzo III ne' *cap.* 4 e 5, X *de sec. nup.* Il diritto consuetudinario di più popoli adottò la tolleranza canonica, e così per testimonianza del Fabri fu giudicato nella Savoja: *Itaque non est deterior conditio viduae intra annum, quam*

che hanno fatto divorzio per mutuo consen-

---

post annum nubentis. Fab. *in cod. lib.* 5, *tit.* 5, *def.* 1, *et ibid. not.* 5. Anche le galliche consuetudini vi si erano conformate, se si eccettua quella di Tolosa, la quale ritenne la sanzione del diritto romano. In alcune provincie della batava repubblica, e specialmente in Olanda fu prescritto il semestre vedovile, e ne' Sinodi di Dordrac e Middelburg un quadrimestre con la metà di un altro mese. V. Coren. *cons.* 11. Gudel. *de jur. noviss. lib.* 1, *cap.* 12. Autum. ad L. 1, C. *de sec. nupt.* Charond, *lib.* 7, *resp.* 164. Mornac. *in* L. 11, D. *de his qui not. infom.* Groeneweg. *de legib. abrog.*, *Cod. lib.* 5, *tit.* 9, L. 1. Nel diritto romano altre sono le pene prescritte per le nozze accelerate dentro l' anno del lutto, ed altre le riservate indistintamente alle seconde nozze. Per quelle V. la L. 1 e 2, *Cod. de sec. nup.*, per queste la L. 3 e 6, *Cod. eod.* Quanto al diritto canonico l' opinione più accertata si è, che abbia bensì abolite le pene irrogate alle vedove binube nell' anno del lutto, ma lasciate intatte quelle che il diritto civile in favore de' figli del primo matrimonio stabilì per le seconde nozze: *Insuper si quae poenae in odium secundarum nuptiarum per leges decretae fuerunt, hodie sublatae sunt: at ea, quae non tam in poenam iterantium nuptias, quam in favorem liberorum primi matrimonii, aliave consideratione statuta sunt, etiamnum hodie in usu sunt, uti observat prae ceteris Zypaeus*

so; di riunirsi; ma l'*art.* 297 ne toglie loro la speranza (171).

---

in notitia juris Belgici titulo de sec. nup.: non enim, ait, mens D. Pauli fuit aliquid corrumpere ex publicis legibus, jura parentum et liberorum juste moderantibus. Van-Espen *jur. eccl. univ. par.* II, *sec.* 1, *tit.* 14, *cap.* 2, *n.* 14.

(171) Allorchè il divorzio procede da una di quelle gravi cause che il Codice ha contemplate, come altrettante violazioni de' più sacri doveri che sono inerenti al conjugio, non v'è certamente alcun motivo di temere che il disordine di una passione vi abbia dato luogo. Ma questo timore vi è quando il divorzio sia la conseguenza del mutuo consenso de' conjugi. Perciò nel divorzio della prima specie la legge non frappone al secondo matrimonio altro ritardo che quello che può essere necessario a togliere la confusione del parto: laddove nel divorzio della seconda specie la dilazione di tre anni per amendue i conjugi divorziati è una saggia precauzione, contro l'impulso sregolato e vizioso alla dissoluzione di una società, che per essere perfetta e conforme al voto della natura dovrebbe stabilmente mantenersi.

X.

Pena dell' adulterio.

(*Vedi sopra N.° II.*)

XI.

Quello dei due sposi che è cagione del divorzio, *fuori del caso del consenso mutuo*, perde tutti i vantaggi a lui fatti nel contratto del matrimonio. L'altro dei due sposi, che ha ottenuto il divorzio, li conserva.

Imperciocchè le cause, che danno occasione al divorzio, son tutte comprese nell' ultima legge al Codice *de revocandis donationibus:* esse consistono in altrettanti motivi di rivocazione delle donazioni, per causa d'ingratitudine. La sola differenza in questo punto tra il diritto antico e il nuovo è che la rivocazione non avea luogo, come conseguenza dell' istanza per separazione di corpo, se non in quanto veniva richiesta: mentrechè oggi essa è di diritto,

secondo l'articolo 299 del c. 4 del nuovo Codice (172).

---

(172) Oltre l'adulterio nella moglie, l'adulterio nel marito sotto specie di concubinato, la condanna a pena infamante dell'uno de' conjugi, gli eccessi, sevizie, o gravi ingiurie del marito verso la moglie, o viceversa, sono cause determinate per dimandare il divorzio. Nella L. ult., C. *de rev. donat.* ricordata dall'autore sono indicate le ingiurie gravi, gli eccessi e sevizie siccome cause di rivocare una donazione fra' vivi: *Ita ut injurias atroces in eum effundat;* ecco le gravi ingiurie: *vel manus impias inferat;* ecco gli eccessi e le sevizie. Non vorrei per altro che l'autore, dopo di avere manifestato una certa riprovazione del divorzio anche per causa determinata, credesse che l'estimazione dell'ingiuria, dell'eccesso o di sevizia si dovesse fissare al medesimo livello, e quando trattasi semplicemente di rivocare una donazione e quando trattasi di disciogliere il matrimonio. Nel diritto antico il divorzio colposo importava la perdita ancora di una parte della dote: *Retentiones ex dote fiunt aut propter liberos, aut propter mores etc. Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris, aut patris, cujus in potestate est, divortium factum sit. Tunc enim singulorum liberorum nomine sextae retinentur ex dote. Morum nomine, graviorum quidem sexta retinetur: leviorum item octava. Graviores mores sunt, adulteria tantum; leviores omnes*

Per una conseguenza necessaria, lo sposo innocente, che ha fatto pronunciare il divorzio, conserva tutti i suoi vantaggi. *Ibid. art.* 300.

La legge eccettua il caso di divorzio per consenso mutuo: ed è perciò ch'essa vuole che gli sposi, i quali ricorrono a quel tristo

---

reliqui. Ulp. *in frag. tit.* 6. Anche i cattivi costumi del marito che avessero dato causa al divorzio importavano un vantaggio alla moglie riguardo alla ripetizione della dote: *Mariti mores puniuntur in ea quidem dote, quae a die reddi debet. Ita propter majores mores praesentem dotem reddit: propter minores senorum mensium die. In ea autem, quae praesens reddi solet, tantum ex fructibus jubetur reddere, quantum in illa dote quadriennio redditur: quod repraesentatio facit.* Ulp. *loc. cit.* Giustiniano portò più avanti i vantaggi del conjuge innocente che abbia reclamato il divorzio per causa d'adulterio. Il marito ritiene la dote della moglie adultera, e deduce dai parfernali una porzione equivalente alla terza parte della dote; la moglie per adulterio del marito oltre l'intera dote acquista la donazione per le nozze, e deduce dai beni del marito una porzione equivalente alla terza parte della donazione per le nozze. V. la *nov.* 117, *cap.* 8. Secondo il nuovo Codice la dote rimane salva alla donna divorziata, per

rimedio, abbiano previamente regolato i loro rispettivi interessi. *Ibid. cap. 3, art.* 279. (*Vedi sopra num.* 7.)

X I I.

Diritto dello sposo divorziante a una pensione per alimenti proporzionata alle facoltà di quello sposo, contro cui il divorzio è stato pronunziato per causa determinata, in caso che i due sposi non

---

qualunque causa siasi disciolto il matrimonio. La dote, la quale si dà al marito *ad ferenda matrimonii onera*, e dal marito si ritiene a titolo piuttosto oneroso che lucrativo, non fa parte de' vantaggi fatti all' uno de' conjugi in contemplazione del matrimonio. Questi vantaggi sarebbero per cagione di esempio un accrescimento di dote, un assegno per la comoda sussistenza nello stato vedovile, una parte dei beni da prededurre dalla comunione de' vantaggi accennati nell' *art.* 299 sia *ipso jure* rivocata, come per lo stesso articolo sono rivocati i medesimi vantaggi? La dissoluzione del matrimonio può bene annichilare tutto ciò ch' è accessorio ed appendice del matrimonio, ma non può distruggere un' acquisizione fatta anteriormente e senza alcuna relazione al matrimonio.

si siano fatto alcun vantaggio nel contratto matrimoniale, o che i vantaggi che si fossero fatti non sembrassero sufficienti alla sussistenza di quello sposo che ha ottenuto il divorzio. Questa pensione non potrà però mai eccedere il terzo delle rendite dello sposo contro il quale il divorzio sarà stato pronunziato. *Ibid. art.* 301 (173).

XIII.

Effetti del divorzio riguardo ai figli.

Les enfans seront confiés à l'époux qui aura obtenu le divorce, à moins que le tri-

---

(173) È sensatissima la disposizione di quest' *art.* I doveri inerenti al matrimonio importano ne' conjugi l' obbligazione di un reciproco soccorso. Non solamente il marito è tenuto ad alimentare la moglie, ma la moglie ancora deve alimentare il marito povero e bisognoso. Questa reciproca obbligazione non dev' essere annichilata con il divorzio per causa determinata, 1. perchè il conjuge, il quale è in vera colpa, non è giusto che approfitti delle conseguenze di un fatto ad esso solo imputabile; 2 perchè il conjuge bisognoso

bunal, sur la demande de la famille, ou du commissaire du gouvernement, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfans, *que tous ou quelques-uns d'eux, seront confiés aux soins, soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne.* Ib. art. 302.

L'articolo 267 del cap. 2, *che riguarda le misure provvisorie, alle quali può dar luogo la dimanda di divorzio per causa determinata*, li confidava al padre, *sia che fosse attore o riconvenuto in causa « à moins qu'il n'en fût autrement ordonné sur la demande, soit de la mère, soit de la famille, ou du commissaire du gouvernement, pour le plus grand avantage des enfans.* (Vedi sopra, num. II).

Che spettacolo alla tenera gioventù, due sposi, al tempo istesso viventi, contrarre

---

dell' alimentario soccorso avrebbe una potente risorsa di meno per liberarsi con il divorzio del contagio di un conjuge violatore del talamo e disturbatore della domestica tranquillità, se disciolto il matrimonio non potesse più reclamare il diritto agli alimenti dovuti soltanto per i rapporti matrimoniali, ed altronde non avesse un compenso ne' vantaggi che divengono di sua ragione.

nuovi legami, nuovamente infelici ed incostanti! Per quanto scandalosa fosse la separazione di corpo, essa non presentava un tale aspetto: v' era luogo a speranza di sentimento: il divorzio non ne lascia nessuna.

Qualunque sia la persona, a cui saranno affidati i figli, il padre e la madre conserveranno rispettivamente il diritto di vegliare al mantenimento e alla educazione dei loro figli, e saranno obbligati a contribuirvi a proporzione delle loro facoltà. *Ibid. art.* 303.

La dissolution du mariage, par la demande en divorce admis en justice, ne privera les enfans nés hors du mariage d'aucun des avantages qui leur étaient assurés par les lois ou par les conventions matrimoniales de leurs père et mère: mais il n'y aura d'ouverture aux droits des enfans, que de la manière et dans les mêmes circonstances où ils auraient été ouverts, s'il n'y avait pas eu de divorce. Ibid. art. 304 (174).

---

(174) In ultima analisi il divorzio avvenuto per causa determinata non deve recare alcun danno, nè apportare verun profitto ai figli procreati dal disciolto matrimonio.

X I V.

Della separazione di corpo.

La separazione di corpo è come la contro-parte del divorzio, massime di quello per mutuo consenso.

Questo modo si limita a sospendere i diritti dei due sposi, l' un verso l' altro, nella speranza di una riconciliazione: laddove il divorzio, prescindendo dalle opinioni religiose, e non guardando il matrimonio che come un semplice contratto civile, rompe il legame e permette ai due congiunti di formare, ciascuno dalla sua parte, un nuovo impegno con tutt' altri, fuor dello sposo, a cui prima era unito. *Cod. civ. c.* 4, *art.* 295.

La dimanda di divorzio, massime per consenso mutuo, trae la sua forza dalla volontà perseverante dei due sposi, autorizzata dai loro genitori. Nelle sentenze e giudizj, che pronunziavano la separazione di corpo, la minima traccia di collusione bastava e basta ancora per annullare tai giudizj di

conferire al marito il diritto di rivendicare la sposa. *Ib. cap.* 5, *art.* 306 (175).

Perchè queste due azioni sussistono esse al tempo stesso nel nuovo Codice?

Perchè *tali questioni devono essere discusse, fatta astrazione da ogni idea religiosa, e decise peraltro in modo da non turbare nessuna coscienza, nè incatenare nessuna libertà.* (Discorso del consigliere di stato Treilhard).

---

(175) In quale maniera può avvenire che *la minima traccia di collusione basti per annullare i giudizj di separazione, e conferire al marito il diritto di rivendicare la sposa?* O vi è nella parte reclamante l'impegno alla separazione di corpo, ed esiste la causa, o manca l'uno e l'altra. Nel primo caso avverrà la separazione, e non si verificherà nel secondo. Direi piuttosto che la collusione si può verificare per dar luogo alla separazione in vista di una legge, la quale non l'ammette per mutuo consenso. Due conjugi sono perfettamente d'accordo per la separazione di corpo. Si allega la causa, ed il conjuge contro il quale si è dimandata potrebbe sotto il velo della collusione darvi una realtà che forse non avrebbe.

X V.

Delle cause di separazione di corpo: sono le stesse che quelle di divorzio per mutuo consenso: con alcune osservazioni.

Dans le cas, où il y a lieu à la demande en divorce pour cause déterminée, il sera libre aux époux de former demande en séparation de corps. Ibid. art. 306.

Abbiam veduto che l'adulterio era una causa di separazione, ammessa dalla legge del vangelo, qualunque interpretazione voglia darsi ai due passi di S. Matteo (176).

---

(176) *Ego autem dico vobis: quia omnis, qui dimiserit uxorem suam, excepta fornicationis causa, facit eam maechari: et qui dimissam duxerit, adulterat*, così nella versione volgata del noto passo di S. Matteo. Il celebre Erasmo de Roterdam nella sua versione tradusse questo passo diversamente: *At ego dico vobis, quod quisquis repudiaverit uxorem suam, nisi causa stupri, efficit ut illa sit adultera, et quicumque repudiatam duxerit adulterium committit.* Secondo la versione di Erasmo pare che Cristo abbia approvato il vero ripudio per causa di adulterio; ma

Il nuovo Codice ripete all' art. 308 ciò che ha detto al 298, relativo alla pena cui deve essere condannata la donna adultera. La causa che risulta dalla condanna d' uno dei due sposi a una pena infamante è nuova tra noi e giustissima.

Quella che risulta dagli eccessi, sevizie, maltrattamenti, ingiurie gravi è stata sog-

---

la versione di S. Girolamo spiegasi meglio per una semplice separazione, che non discioglie il vincolo del matrimonio. L' espressione del testo = *et qui dimissam duxerit, adulterat*, non circoscritta alla premessa eccezione = *excepta fornicationis causa*, pare che decida che la donna separata non può senza taccia di adulterio congiungersi in altro matrimonio. I Greci peraltro hanno diversamente interpretato il testo di S. Matteo, e sono nella costante opinione che l' adulterio anche per la dottrina evangelica sia una causa legittima di ripudio. Nel concilio di Trento non si è direttamente pronunziato l' anatema contro i sostenitori del divorzio per causa di adulterio; ma il fulmine ecclesiastico si è vibrato soltanto contro coloro che ardissero imputare errore alla chiesa, la quale insegnò che per l' adulterio non si scioglie il matrimonio. Le ragioni politiche di questa moderazione sono indicate da Sarpi e Pallavicini nella Storia del concilio. S. Agostino interpretò il testo di

getta in tutti i tempi a molte variazioni in giurisprudenza, e ciò per l'espressione tanto generica.

A intendere la cosa nella più stretta regola, affinchè la domanda di separazione fosse ammessa, bisognava che la donna attrice in causa fosse esposta a pericolo di vita continuando a vivere col marito, o almeno che la vita fosse per lei, secondo l' espressione del nuovo Codice, *cap.* 1, *art.* 233, un supplizio insopportabile.

Qualche volta i magistrati non portavano tant'oltre la severità. Le ingiurie gravi erano

---

S. Matteo per la semplice separazione, senz' attentato al vincolo del matrimonio: *Licite itaque dimittitur conjux ob caussam fornicationis; sed manet vinculum prioris propter quod fit reus adulterii, qui dimissam duxerit etiam ob caussam fornicationis: lib.* 1 *de adulter. conjug. cap.* 5. Dal testo evangelico, giusta l' interpretazione della chiesa latina, pare potersi rilevare che la sola causa di fornicazione legittimi la separazione del marito dalla moglie. Eppure il concilio di Trento ha diversamente deciso, ed ha stabilito che per moltiplici ed indeterminate cause possa aver luogo la separazione *quoad torum et cohabitationem*. V. la *sess.* 24, *can.* 8.

divenute causa di separazione, e lo sono ancora. Ma nella disuguaglianza dei ranghi, dell' educazione, dei costumi, delle maniere di que' tempi, disuguaglianza che pericoloso sarebbe il togliere interamente, un' espressione sfuggita nell' impeto del momento, che tra il popolo appena avrebbe fatto una passaggera impressione, tra gente di più elevata condizione diveniva una ferita incurabile, da cui risultavano terribili alternative. Ma al tumulto dei ricorsi per separazione, dei quali risuonavano i tribunali, succedeva spesso un tristo silenzio, e dopo questo la riconciliazione: frutto dell' inestimabile beneficio della indissolubilità, che rintuzzava gli accessi delle impazienti umane passioni, per il giusto terrore che risentivan le spose alla prospettiva di un avvenire per esse infelicissimo, se dopo quella pubblicità accadeva loro di soccombere (177).

---

(177) Due considerazioni sono essenzialissime riguardo alle cause legittime della separazione di corpo. La prima si è, che il tribunale non deve fissare allo stesso livello l' estimazione di queste cause, e quando trattisi della dissoluzione del matrimonio per il divorzio e quando trattisi della semplice separa-

X V I.

Formalità necessarie per giugnere alla separazione di corpo.

Ho paragonato al numero 11 la procedura relativa alle dimande per separazione

---

zione. Più gravi devon essere i fatti, da cui si rilevano le cause, se sia invocato il divorzio di quelli che possono dare luogo alla semplice separazione. La seconda si è, che queste cause non basta considerarle *in astratto*, ma devono pure esaminarsi *in concreto*, cioè con gli opportuni riguardi al carattere, alla condizione ed ai rapporti del conjuge, in di cui pregiudizio siensi verificate. Quanto alle sevizie e cattivi trattamenti il *cap.* 13, *X de rest. spol.* ha deciso che = *si tanta sit viri saevitia, ut mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas provideri, non solum non debet restitui, sed ab eo potius removeri.* Le minacce fatte dal marito alla moglie non posson essere d' ordinario motivi bastevoli a reclamare la separazione di corpo, e così fu giudicato in un *arresto* de' 12 giugno 1655. Se però fossero minacce gravi e dirette a persone, le quali per la loro condizione ed educazione fossero assai dilicate e sensibili, potrebbero benissimo determinare l' arbitrio del giudice ad accordare la separazione. Un morbo contagioso che l' uno de' conjugi nella sua

di corpo nel nostro antico diritto, alla procedura introdotta dal nuovo Codice, relativamente alle dimande di divorzio per causa determinata.

La demande en séparation sera intentée, instruite et jugée de la même manière que

---

dissolutezza avesse contratto, e del quale avesse più volte infettato il conjuge innocente, fu nella Francia ed altrove ritenuto per una giusta causa di separazione. V. le Prêtre, *centur.* 1, *ch.* 100. Soesve, *tom.* 2, *centur.* 3, *ch.* 75. Un odio capitale che il marito avesse concepito contro la moglie, dicono fra gli altri i giureconsulti francesi, che possa essere altra causa di separazione. Io però osservo che questa passione tanto contraria ai rapporti conjugali non si può altrimenti scoprire che dalle manifestate conseguenze, le quali certamente indicheranno alcuna delle cause determinate e per il divorzio e per la separazione. Osservo per ultimo che nell' affare importante del divorzio sarebbe stato più opportuno e più regolare che il Codice avesse determinate tali cause, le quali fossero per loro stesse precise ed assolute, nè potessero di troppo lasciar luogo ad equivoche interpretazioni ed all' arbitrio del giudice. Non era quindi al proposito che nella determinazione delle cause e nella loro espressione si fosse pariticato il divorzio alla semplice separazione di corpo.

toute autre action civile. Ib. art. 307 (178).

X V I I.

La séparation de corps emportera toujours séparation de biens. Ibid. art. 311 (179).

---

(178) È l'onore del matrimonio ch' esige l'introduzione della domanda per la separazione di corpo in via civile e non in via straordinaria. V. Bardet *tom.* 2, *liv.* 5, *ch.* 7. Anche un *arresto* de' 21 febbrajo 1636 aveva stabilito questa forma di procedura.

(179) Secondo il diritto antico della Francia si distingueva la separazione di corpo dalla separazione de' beni, in guisa tale che l' una senza l' altra poteva aver luogo = *Il y a un autre sorte de séparation entre mariés, c'est elle qu'on appelle de biens qui n'emporte pas avec soi celle de corps, nec e contra*: Astruc. *trait. du mariag. q.* 4. Perciò a termini dell' editto e dichiarazione del Re, di dicembre 1703 e di luglio 1704, dovevano essere le separazioni di corpo e de' beni specialmente insinuate. Secondo il nuovo Codice la separazione di corpo importa sempre la separazione de' beni; e con ragione, essendo la comunione de' beni un accessorio dell'unione delle persone congiunte in matrimonio, la quale non deve sussistere, quando sono sospesi gli effetti della principale società. Quindi se fra i conjugi separati si rimetta la comunione de' beni, ne dovrà ri-

X V I I I.

Quando la separazione di corpo, *pronunziata per tutt'altra causa che l'adulterio della donna*, sarà durata tre anni, lo sposo che in origine era il reo potrà dimandare il divorzio al tribunale, il quale lo *ammetterà*, se l'autore in origine, presente o legalmente citato, non conviene immediatamente di far cessare la separazione. *Ibid. art.* 310.

Mi sia permesso di far qui una riflessione.

---

sultare una prova della loro riconciliazione, la quale farà pure cessare la separazione di corpo. E così la riunione de' conjugi ne deve per necessaria conseguenza rimettere la preesistita comunione de' beni. Può alle volte avvenire che vi siano motivi per domandare la separazione de' beni e non quella di corpo, e che in seguito siasi pure per causa sopravvenuta domandata la separazione di corpo. In questo caso la riconciliazione de' conjugi non rimette la comunione de' beni, e quando si volesse rimettere sarebbe necessario un atto speciale e pubblico. V. Rossaud *verb.* séparation, *n.* 20.

Supponiamo due giovani sposi, accesi l'un per l'altro di un vero amor virtuoso. Dopo alcun tempo, il marito cangia sentimenti (non è raro l'esempio), e a quell'amore succede la noja, il disgusto o un nuovo amore. Per indurre la sposa al divorzio di *mutuo consenso*, egli gradatamente diventa un insoffribil tiranno. La virtuosa sua sposa non può, non sa risolversi a rompere l'indissolubile nodo del matrimonio: ma che? le sevizie, i maltrattamenti, le più atroci ingiurie la costringono alla fine a ricorrere per la separazione di corpo: essa l'ottiene: e allora il barbaro sposo trionfa e passa contento i tre anni coll'oggetto dei nuovi amori suoi. Dopo quello spazio di tempo sarà forza, o che la sfortunata vittima rientri sotto il potere ed il giogo, per lei peggiore che morte, o che l'incostante crudel marito sia quasi premiato della tirannica sua condotta da un nuovo ai suoi desiderj conforme imeneo (180).

---

(180) In altre mie osservazioni relative al sistema del divorzio ho procurato di dimostrare che la legge dello stato permettendo soltanto e non comandando

SEZIONE PRIMA.

§. III.

I padri e i figli.

Prove della paternità e della filiazione, tanto legittima, come puramente naturale.

« Era necessario di riempire nella nostra legislazione il vuoto immenso che proveniva

---

in alcuni casi il divorzio non urta direttamente contro la legge della religione, che lo proibisce. Questi riguardi alle opinioni e discipline religiose io li vedeva meglio ancora garantiti nel nuovo Codice, coll'essersi pure adottata la separazione di corpo a riguardo di que' conjugi, i quali rispettando l' indissolubilità del matrimonio avessero una delle cause determinate per invocare il divorzio. Ma nell' *art.* 310, che permette al conjuge provocato alla separazione di corpo di domandare il divorzio al tribunale, ed obbliga il tribunale di ammetterlo, se la separazione sia durata tre anni, ed il conjuge separato non convenga immediatamente a farla cessare, io trovo quell' urto contro la disciplina ecclesiastica, che non mi sarei aspettato, e che in senso mio distrugge la compati-

dalla mancanza di regola generale e positiva sopra una materia così importante, quasi sempre esposta alle variazioni della giurisprudenza dei tribunali. Sarà gran beneficio della legge, che ognun possa trovare il proprio dritto chiaramente fondato su tai principj, che il cuore e la ragione non possan negare.» (*Il cons. di stato Treilhard*).

Due regole di diritto, fertili in conseguenza, ma troppo lasciate in arbitrio, erano la base di tutta la nostra giurisprudenza nelle *questioni di stato*. Questo è il nome che

---

bilità della legge che permette il divorzio con il canone della chiesa che lo proibisce. Ma la parte separata, si dirà, può escludere il divorzio con la riconciliazione? E se la causa grave, gravissima, che ha dato luogo alla separazione sussiste ancora. O dissimularla e soffrirla in pace, oppure ammettere il divorzio contro il sentimento religioso che lo rigetta. *Si quis dixerit, ecclesiam errare, cum ob multas causas separationem inter conjuges quoad thorum, seu quo ad cohabitationem ad certum incertumve tempus fieri posse, decernit; anathema sit.* Concil. Trid. *sess.* 24, *can.* 8 *de refor. matr.* Su quest' articolo del Codice io non posso che richiamare col dotto sig. di Maleville la speranza che i nostri nipoti perfezioneranno la legge del divorzio.

i giureconsulti danno a queste cause, perchè interessano lo *stato*, il riposo, la sicurezza, l'onore delle famiglie (181).

Qualunque individuo, che ancor non l'abbia, reclama un luogo nella società. L'ordine pubblico richiede che sia posto in una delle classi che la compongono, per godere in quella classe di tutti i diritti annessi alla qualità di cittadino. L'origine sua è quasi sempre certa per parte di madre: dico quasi sempre, perchè era ben raro, che una madre

---

(181) Esattissima è la definizione dello *stato* data da Eineccio: *Status est qualitas cujus ratione homines diverso jure utantur*. V. *elem. jur. sec. ord. pand.*, *par.* 1, *lib.* 1, *tit.* 5, §. 123. Le questioni di stato sono indicate nel diritto romano con l'espressione *causa status*, oppure *status controversia*. V. la L. 8, §. 2, D. *rat. rem haber.*; la L. 29, D. *de procur.*; la L. 1, §. 7, D. *de lib. exhib.*; la L. 1, C *de off. praet.*; e la L. 3, C. *de ord. cogn.*, *et instrumenta status, quibus ingenuitas, vel manumissio probari potest*. V. la L. 8, D. *quod met. caus. etc.* Alle volte la parola *status* indica l'età: *Do lego Aeliae Severinae filiae meae, et secondae decem quae legata accipere debet, cum ad legitimum statum pervenerit*, cioè *in tempus legitimae aetatis*. V. la L. 5, C. *quand. dies legat. ced.* L'età legittima, l'età giusta

rigetti il parto delle sue viscere: pure questa incertezza non è senza esempio. Ma non è la madre che forma e fissa la distinzione delle famiglie: sottoposta all'autorità dello sposo, ella ha perduto il proprio nome, entrando in estera famiglia.

Regola 1. *L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.* Cod. civ. tit. 8, cap. 1, num. 312.

Il che dai giureconsulti romani si esprime in quei termini: *Pater est quem justae nuptiae demonstrant* (182).

è nel diritto romano quella di anni 25. Dicevasi quest' età legittima della legge Letoria, la quale ai minori d'anni 25 aveva stabilito, che si desse il curatore, e che senza il consenso del curatore non fossero valide le obbligazioni dai medesimi minorenni contratte. Plauto chiama questa legge *quinavicenaria in Pseud. act.* 1, *sc.* 3. Nella L. 77, §. 14, D. *de leg.* 2. La semplice parola *status* indica precisamente l'età d'anni 25, siccome opinano concordemente gl'interpreti: *Et breviter status, aetas plena, perfecta, integra, vigintiquinque annorum.* Got. in *not. ad cit.* L. 5.

(182) *Mater semper certa est, etiamsi vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant.* L. 5, D. *de in jus voc. Filium cum definimus qui*

Si aggiunge l'epiteto *justae*, perchè non si tratta qui che dello stato dei figli legittimi. Parleremo poi dei figli naturali o bastardi.

Ma se mancano i documenti per provare lo stato di colui che reclama una famiglia, se la frode li ha alterati, e che quell'individuo sia giunto all'età che abbisogna delle cure e sollecitudini paterne per essere nudrito, mantenuto, educato.

Regola 2. In quel caso il possesso di stato, ciò che i giureconsulti chiamano *tractatus*, supplirà ai documenti, e collocherà l'individuo nella famiglia di quello che glielo avrà procurato (183).

---

ex viro et uxore ejus nascitur. L. 6., D. *de his qui sui vel alien. jur. etc.*

(183) *La preuve de la possession d'état se compose d'une suite de faits nombreux et variés, et dont on ne saurait faire une énumération exacte. Il faut que de leur réunion on puisse induire la preuve de la paternité, et ce qu'on appelle en droit* tractatus et educatio, *c'est-à-dire, le traitement et l'éducation que des sentimens paternels seuls engagent de donner à un enfant.* V. Bernardi, *Cod. civ. liv.* 5 *de la légitim.* Nel senso per altro del più puro diritto e della più

Questi sono i due perni, su i quali si è finora aggirata la nostra giurisprudenza, non senza dar luogo a gran numero di questioni.

La regola *pater est* non ammetteva altra eccezione che la fisica impossibilità. Ma come provare questa impossibilità? Come svelare il delitto che cerca tanto a coprirsi? Che sarà se un parto prematuro fa sospettare che l'individuo non sia stato concepito in tempo di matrimonio: o nel caso contrario, se un parto ritardato lo fa nascere a un'epoca troppo distante da quella in cui il matrimonio restò disciolto o per la morte del marito, o pel divorzio? Giacchè l'avere ammesso il divorzio nella nuova legge accresce i casi dell'incertezza. Che sarà di più, se, come ho di sopra osservato, la stessa maternità non è certa? Il possesso di stato

---

pura latinità significa una questione in senso esteso, ed alle volte una convenzione: *Tractare est rem vel quaestionem plene, perfecteque discutere, atque ita differt tractatus, quod hic latior sit, quaestio restrictior et simplicior.* V. Vacat. *in vocab. jur. verb. tractatus*. Perrenon. *animad.* 2, 11, *tractatu habito*; così nella L. 32, D. *pro soc.*, cioè *conventione habita.*

dissiperà queste incertezze: ma se questo possesso non è costante, abbandonerete voi lo stato degli uomini all' incertezza di una prova testimoniale, che non sarebbe ammessa neppure per la dimanda del credito il più tenue (184)?

---

(184) La dottrina dell' autore sull' inammissibilità della prova testimoniale può ben convenire ad alcune leggi, ordinanze e statuti di città, provincie e regni, ma non sarà giammai coerente alle massime generali del diritto comune, giusta le quali le scritture ed i testimonj hanno il medesimo carattere di prova: *In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium.* L. 15, C. *de fid. instr.* La prova testimoniale è pure autorizzata dai divini oracoli, come si può vedere nel Deuteronomio *cap.* 19, *v.* 15 e nel Vangelo di S. Matteo *cap.* 18, *v.* 6. Conviene adunque supporre che l' autore nella sua asserzione che una prova testimoniale non sarebbe ammessa neppur per la dimanda di un credito il più tenue, abbia avuto specialmente in considerazione la celebre ordinanza di Moulins all' *art.* 54, la quale stabiliva che per ogni obbligazione eccedente la somma o il valore di cento lire dovesse scriversi l' atto avanti al notajo e testimonj, e che per questo solo potesse giustificarsi la contratta obbligazione, esclusa la prova testimo-

Tali questioni, ed altre moltissime, eran lasciate all' incertezza delle congetture. Sian pur dunque rese le dovute grazie ai nostri legislatori, per aver fatto il progetto, non d'inceppare il potere giudiziario, ma di fissar tali regole, che come un luminoso faro, servan di guida al magistrato in mezzo agli scogli, che sul mar tempestoso di nostra vita oppongono la frode, l' ambizione, la cupidigia.

I.

L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. Cod. civ. tit. 7, c. 1, art. 312.

---

niale. Per altro l' ordinanza di Moulins venne notabilmente modificata dall' ordinanza del 1667, la quale fra le altre modificazioni ed aggiunte aveva stabilito che la prova testimoniale fosse ricevuta ove esistesse un incominciamento di prova per iscritto. Sull' ordinanza di Moulins V. il *comment.* di Boiceau e le *addizioni* di Danty avvocato del parlamento. Allorchè una legge prescrive la scrittura non tanto come prova, ma come forma essenziale dell' atto, pare indubitato che al difetto della forma non si possa tanto facilmente supplire con la prova testimoniale, giacchè in quest' ipotesi le scritture ed i testimonj non possono egualmente bilanciarsi.

Questa è la prima regola generale. Essa suppone la nascita, posteriore al matrimonio, almeno di sette mesi: perchè prima di questo tempo non essendo la creatura *capace di rimanere in vita* (a), al dir dei fisiologi, sarebbe inutile l'occuparsi di un essere, di cui la momentanea esistenza è nulla riguardo alla società. Questo termine è tolto dal *gius* romano, fondato sull'autorità d'Ippocrate.

« È nozione ricevuta, per l'autorità del dotto Ippocrate, che la prole nata nel settimo mese è capace di conservarsi in vita (b); e che per conseguenza si dee giudicare, che la prole nata al settimo mese dopo un matrimonio regolare è legittima: » *Septimo mensi perfectum partum, jam receptum est, propter autoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est eum qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse.* Leg. 7, dig. *de statu hominum.*

» Il termine di sette mesi essendo equivo-

(a) *Viable*, come chi dicesse in italiano *vivibile*.

(b) (*È parto perfetto*, dice precisamente il testo.)

co, dopo che Giulio Cesare per far corrispondere i mesi solari ai mesi lunari aveva introdotto la disuguaglianza nei mesi di 30 e 31, e il corto febbrajo di 28 o 29, secondo che l'anno è o non è bisestile, parve necessario il contare per giorni. Dal che è nata un'altra legge romana, fondata sulla stessa autorità d'Ippocrate: *De eo qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et D. Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum. Nec videri in servitutem conceptum, mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esset manumissa.* L. 3, v. 10 *de suis et legitimis haeredibus.*

» Quanto alla creatura nata il 182.º giorno Ippocrate ha scritto, e il pio Antonino ha trasmesso ordine ai sacerdoti, che sembra nato a termine, e che per conseguenza non pare nato in servitù, essendo stata la madre fatta libera prima del 182.º giorno (185). »

---

(185) Non ha l'autore rilevato bene la ragione del riportato *artic.* 312. Non è vero, che quest' *artic.* supponga la nascita posteriore al matrimonio almeno di sette mesi. L'articolo stabilisce la prima e più

I I.

La prole nata prima del 180.° giorno (sei mesi) dopo il matrimonio è del marito, o di qualunque altro: ma se il marito ha saputo la gravidanza prima del matrimonio, se ha assistito all' atto di nascita, se lo ha sottoscritto, o se

---

sicura regola per la legittimità del figlio, cioè che concepito in tempo del matrimonio appartenga al marito, come il figlio appartiene al padre. Difatti era questa una massima della migliore giurisprudenza presso i Romani. La condizione di un bambino era considerata all' epoca della sua generazione: *In his, qui jure contracto matrimonio nascuntur, conceptionis tempus spectatur.* Ulp. *in fragm. tit.* 5, §. 10. *Paulus respondit, eum, qui vivente patre, et ignorante de conjunctione filiae conceptus est, licet post avi mortem natus sit, justum filium ei, ex quo conceptus est, esse non videri.* L. 11, D. *de stat. hom.* Giustiniano su tale oggetto volle introdurre una novità di massima, avendo nella L. 11, C. *de natural. lib.* stabilito che *in hujusmodi questionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis, sed partus tempus inspiciatur, exceptis his tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approbari infantium conditionibus utilitas postulat.*

l'atto contiene la di lui dichiarazione di non saper sottoscrivere, per tutto questo egli se n'è dichiarato padre: e da questi fatti risulta una specie di legittimazione per susseguente matrimonio. Non sarebbe dunque ammessa istanza contro la legittimità di quella prole. *Ibid. art.* 314 (186).

---

(186) Pare indubitato che il nuovo Codice nel *cit. art.* 314 abbia stabilita la presunzione di diritto, per cui la prole nata 180 giorni dopo la celebrazione del matrimonio debba supporsi concepita nel matrimonio stesso. Secondo le riportate leggi del diritto romano, cioè 7, D. *de stat. hom.* e 3, D. *de suis et legit. hered.*, il tempo minimo era il settimo mese incominciato, ossia giorni 182. Fra i casi, in cui il marito non può rifiutare la prole nata dalla moglie prima de' 180 giorni dalla celebrazione del matrimonio, il primo si è, che il marito sapesse la gravidanza avvenuta prima delle nozze. Può quindi insorgere la questione: se nel dubbio si debba presumere la scienza piuttosto, che l'ignoranza. A primo aspetto pare che i riguardi dovuti alla tranquillità del matrimonio, alla riputazione della moglie ed al favore de' figli reclamino la presunzione

III.

La legittimità della prole nata 300 giorni (dieci mesi) dopo lo scioglimento del matrimonio *potrà essere contestata.* Ibid. art. 315.

Questo spazio di tempo non sembra suscettibile di scusa: contuttociò la legge si limita a dire, che *la legittimità potrà essere contestata.* Effettivamente, se nel caso del divorzio quegli che vien reclamato, come padre, ha conosciuta la gravidanza della donna

---

della scienza. Nulladimeno giova considerare che generalmente il marito può non riconoscere per sua la prole nata prima de' preindicati giorni; giacchè li tre casi stabiliti come altrettante eccezioni confermano giusta la nota dottrina la generalità della regola ne' casi non eccettuati. Quindi il marito che rifiuta la prole nata, come sopra, si appoggia a questa regola generale, ed opponendosi al medesimo che sapesse prima del matrimonio la gravidanza della moglie, si viene ad opporre un'eccezione particolare della stessa regola, la quale giusta la natura e l'indole delle eccezioni non può mai essere presumibile.

che fu sua sposa, ed ha osservato silenzio: se ha conosciuto il parto ritardato, senza reclamare entro il termine fissato dalla legge, questo silenzio sarà un ostacolo insuperabile contro una posterior resistenza o protesta.

I V.

La regola *pater est* non ammette altra eccezione che la fisica impossibilità. Quando può essere ammessa questa prova?

« Noi definiamo figlio (dice il giureconsulto Vulpiano) quello che nasce dall'uomo e dalla sua sposa. Ma supponiamo che un marito assente da dieci anni trovi in sua casa un figlio di un anno; siamo del parere del giureconsulto Giuliano, che quel figlio non è suo: ma non sarebbe tollerabile, che quel marito, il quale ha continuamente abitato colla sua sposa, ricusasse di riconoscere, come suo, il figlio da lei provenuto. Sembrami, e Scevola lo approva, che se qualche notoria infermità ha, per un certo determinato tempo, impedito il di lui commercio colla moglie, o se il padre di famiglia è di un sì debole temperamento, che

non possa riprodursi, il figlio che nasce in casa, anche a vista e cognizione de' suoi vicini, non è suo figlio. »

Filium eum definimus, qui ex viro et uxore nascitur: sed si fingamus abfuisse maritum, verbi gratia per decennium: reversum invenisse anniculum in domo sua, placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Julianus ait, eum qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere quasi non suum: sed mihi videtur quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquando cum uxore sua non concubuisse, infirmitate interveniente, vel alia causa: vel si ea valetudine paterfamilias fuerit, ut generare non possit, hunc qui in domo est, vicinis scientibus, filium non esse. Leg. 6, dig. *de his qui vel alieni juris sunt.*

A quali incertezze, a quali disordini in società non aprirebbe l'adito una legge simile (187)?

---

(187) La censura che propone l'autore della riportata L. 6, D. *de his qui sui etc.*, come di una legge che aprirebbe l'adito alle incertezze ed ai disordini

Per la ragion contraria, un preteso figlio postumo, nato dopo il trecentesimo giorno, cioè più di dieci mesi dopo la morte o il divorzio di colui ch' egli reclama per padre, non si tiene per concepito in tempo del matrimonio.

La natura, che non è mai pienamente uniforme nelle sue operazioni, deroga qualche volta alle sue regole: ma la legge preferisce con ragione di conformarsi all' ordinaria di lei marcia, per non eccitar questioni che sarebbero soggette a decisioni solamente congetturali e arbitrarie. « In vece di sotenere la dignità del matrimonio, sarebbe un avvilirlo, un renderlo odioso, se servisse di pretesto a legittimare un figlio, che agli occhi del pubblico, convinto da decisive circostanze, non appartenesse al ma-

---

nella società, parmi troppo generale. La legge contempla più casi, e fra questi l' assenza del marito oltre dieci mesi, e l' accidente che abbia al marito importata la fisica impossibilità di coabitare con la moglie. Ma questi casi per il medesimo oggetto furono pure valutati nel nuovo Codice al *citato articolo* 312.

trimonio. » (*Discorso del consiglier di stato Bigot-Préameneu* (188)).

---

(188) La meta ordinaria di una gravidanza è il nono mese solare nel suo termine. V. fra gli altri Sikora, *conspec. medic. legal. cap.* 3, §. 17. Pare per altro che gli antichi la protraessero al decimo mese. Virgilio peritissimo della fisica nell' egloga 4 esprime la medesima opinione : *Matri lunga decem tulerunt fastidia menses*. Non so con quale fondamento Servio, antico commentatore di Virgilio, abbia potuto avvertire che le femmine nascono nel nono mese ed i maschj nel decimo. Vives e Turnebo interpretarono il verso Virgiliano, come se il poeta abbia indicati li mesi lunari, che sono più brevi. Altri intesero il decimo mese incominciato. Il lodato Sikora per altro opina, che il feto può stare nell'utero sino al decimo mese solare ed anche all' undecimo ; e questa era pure l'opinione di Aristotile nel *lib.* 7, *de animal*. Nel volume I delle lettere scritte dagli eruditi al celebre Haller esiste una lettera di Filippo Burgravio indicante un infallibile esempio di feto portato sino al duodecimo mese. Ma per il legislatore non sono contemplati che li casi ordinarj all' oggetto di rilevarne una presunzione di diritto, la quale però potrebbe essere indebolita d' altre circostanze. Perciò l' *artic.* 315 del nuovo Codice non pronuncia assolutamente l' illegittimità della prole nata trecento giorni dopo la dissoluzione del matri-

Dovranno rinnovarsi quegli scandalosi processi d'impotenza assoluta, d'impotenza relativa, turpi spettacoli nelle offizialità, tribunali dinanzi a cui erano portati in Francia (189)? No certamente. La nuova legge

---

monio, ma dichiara soltanto che la legittimità potrà essere contrastata. Potrebbe in oltre avvenire che la donna separata soltanto di corpo dal marito avesse partorito dopo dieci mesi dalla separazione: resta a vedersi se l'*artic.* 315, letteralmente riferibile al caso di vera dissoluzione di matrimonio, quello pure contempli *virtualmente* della semplice separazione di corpo. Blackston ne' suoi eruditi commentarj alle leggi dell'Inghilterra *vol.* 2, *cap.* 8 distingue il divorzio *a mensa et thoro*, cioè la separazione reclamata in via di giustizia dalla separazione volontaria de' conjugi. Nel primo caso la prole nata dopo i dieci mesi è considerata illegittima, perchè si suppone che li conjugi siansi conformati alla sentenza del divorzio: e questa presunzione di diritto sussiste, sintantochè non venga altrimenti provata una congiunzione fra essi. Nel secondo caso poi la legge presume la congiunzione, e quindi la legittimità della prole, a meno che la negativa non sia dimostrata.

(189) Con ragione l'autore chiama scandalosi li processi d'impotenza assoluta e relativa che solevano nella Francia istituirsi per la nullità reclamata del matrimonio su tale causa; ed inutilmente Anneo

determina in modo più preciso, che le leggi romane, ciò ch' essa chiama fisica impossibilità: vuol dire l' assenza in paese così lontano, che non sia da supporsi la possibilità del ritorno per un commercio segreto: vuol dire la condizione di captivo: egli è un tale accidente, una tale ferita anteriore al concepimento della prole, ciò che reclama la legge *pater est*, che annulla qualunque presunzione di paternità di quella prole, della

---

Roberto, *lib*: 14, *rer. jud.* c. 10, si sforza di giustificarli: *Ipsa tot annorum experientia docuit, visitationem et congressum certissimus esse virilitatis probationes. In visitatione fit inspectio membrorum, an integra sint, et bene habeant. Quod si visitatio incerta habeatur, neque ex ea satis liquido veritas constet, tunc congressus decerni solet. Et hic quidem congressus nec turpis est, quippe qui licitum nuptiarum finem habet, nec obscoenus videri potest, cum judice decernente fiat.* Sono note le gravi controversie insorte nella Francia su questo metodo di provare l'impotenza nell' anno 1667, per cui la pubblica autorità lo ha con molta saviezza abolito. Anche il diritto canonico propone per l'indicato oggetto alcune prescrizioni, le quali non sembrano affatto convenire alla purezza che deve presentare la disciplina ecclesiastica. V. Boemer. *jus eccles. protest. lib.* 4, *tit.* 15.

quale *la nascita le fosse stata tenuta nascosta.* Ibid. art. 312 (190).

« Indarno, dice l' orator già citato, la voce del marito alzerebbesi contro la moglie, coll' accusa la più grave, quella dell' adulterio. Ancorchè fosse provato il delitto, esso non potrebbe dar luogo contro la prole che il padre non volesse riconoscere, a niente più che una presunzione, la quale non può mai reggere in confronto di quella che risulta dall' unione matrimoniale. La moglie può benissimo esser rea d' adulterio provato, ma non perciò era estinta la face dell' imeneo. »

---

(190) Nel nuovo Codice non è contemplata la fisica impossibilità, o assoluta o relativa, nè per un titolo della dissoluzione del matrimonio, nè per una causa giustificante la dimanda del divorzio. È adunque questa legislazione coerente a se stessa, allorchè non si può attaccare la legittimità della prole per il medesimo motivo. Ma nel sistema di una legislazione, che per nessuna causa ammette il divorzio, si doveva necessariamente lasciare il luogo alla discussione su tutti gli ostacoli che la natura istessa frappone alla validità di un matrimonio, non ad altro fine diretto che alla procreazione della prole.

Questa è pure la disposizione della legge 2, §. 9 *al dig. ad leg. Juliam de adult.* « La donna accusata d'adulterio non può ritardare la sua condanna, sotto pretesto del favore di un figlio impubere, di cui lo stato sarebbe compromesso: perchè l'adulterio della madre non pregiudica punto allo stato del figlio. »

Nam utique crimen adulterii, quod mulieri obiicitur, infanti non praejudicat, cum possit et illa adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse.

« Contuttociò se la donna fosse stata condannata per adulterio, *e ch' ella avesse nascosto al marito la nascita di quella prole,* questa condotta sarebbe un testimonio di gran peso. » *(Discorso del cons. di stato Bigot-Préameneu.)*

In quel caso la legge lascia alla prudenza del giudice il pesare in una giusta bilancia e le due presunzioni riunite e la presunzion legale *juris et de jure*, come dicono i giureconsulti, fondata sulla regola *pater est* (191),

---

(191) Non ha bene rilevato l'autore il vero senso della presunzione *qualificata*, comunemente chia-

ben inteso però che la reclamazione del marito sia fatta in tempo abile: perchè, scaduto il termine, egli non sarebbe più ammissibile.

V.

Dans les divers cas où le mari est autorisé à réclamer, il le devra faire dans

---

mata dai prammatici *praesumptio juris et de jure.* Questa presunzione non ammette veruna prova in contrario: *Praesumptio, quae ab ipsa lege inducitur vel ita comparata, ut probationem contrarii haud admittat, vel ut eadem possit elidi. Priorem doctores praesumptionem juris et de jure, posteriorem praesumptionem appellant.* Alcuni esempj della prima specie di presunzione sono indicati nella L. 53, D. *de reg. jur.*; nella L. 23, C. *de* SC. *Vell.*; nella L. ult., C. *arb. tut.*; nella L. 4, C. *de non num. pec.*; e nella L. 5. C. *ad leg. Jul. de adult.* Quanto alla presunzione fondata sulla regola = *pater est quem nuptiae demonstrant*, ella è semplicemente di diritto e *non juris et de jure*, giacchè non esclude la prova del contrario = *Regula: pater est, quem nuptiae demonstrant nititur praesumptione juris gentium, quae tamen cessat, si contrarium probetur.* L. 6, D. *de his qui sui vel alien. jur. sunt.* V. Einec. *elem. jur. sec. ord. pand. part.* 3, *lib.* 22, *tit.* 3, §. 123; Uber. *praelec. ad pand. lib.* 22, *tit.* 3, *num.* 18.

le mois, s'il se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant.

Dans les deux mois après son retour, si, à la même époque, il est absent.

Dans les deux mois, après la découverte de la fraude, si on lui avait caché la naissance de l'enfant. Ibid. art. 316 (192).

VI.

Si le mari est mort avant d'avoir fait sa déclaration, mais étant encore dans le délai utile pour la faire, les héritiers

---

(192) È nota nel foro la regola, che *adversus ignorantem non currit praescriptio*. Questa regola per altro potrebbe il più delle volte servire di pretesto per eludere gli ottimi oggetti che i legislatori hanno contemplati nella prescrizione. Potrebbe altresì insorgere una questione subalterna: se in dubbio debbasi presumere l'ignoranza piuttosto che la scienza. Il premesso *art.* 316 del nuovo Codice rispetta sino a giusti confini un'ignoranza, la quale verosimilmente si può supporre, e ne' diversi termini stabiliti secondo i diversi casi per reclamare induce con molta ragione la presunzione *juris et de jure* della scienza.

auront deux mois pour contester la légitimité de l'enfant, à compter de l'époque où cet enfant se serait mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où ses héritiers seraient troublés dans cette possession. Ibid. art. 317.

VII.

L'azione del marito contro la regola *pater est* o de' suoi eredi è prescrittibile; ma quella del figlio per reclamare il suo stato non soggiace a prescrizione. *Ibid. c.* 2, *art.* 328.

« Una proprietà ordinaria cessa d'essere incerta, quando dopo un certo tempo non si può più attaccare.

» Perchè lo stato civile cessi d'essere incerto, basta che, per fissarlo, si possa sempre aver ricorso ai tribunali. » (*Bigot-Préameneu.*)

Perchè ciò? perchè la proprietà non interessa che l'accessorio dell'individuo: perchè importa poco all'ordine pubblico a chi essa appartenga, e importa molto ch'essa non sia ad ogni momento incerta: perchè

lo stato civile costituisce l'esistenza dell'individuo nella società, del quale egli non può essere ingiustamente privato, senz'offendere l'istesso ordine pubblico, imprescrittibile di sua natura.

E con tutto ciò il diritto del figlio non passa a' suoi eredi, se non in quanto egli lo ha reclamato vivente, o che è morto minore, o dentro i cinque anni dalla sua maggiorità. *Ibid. art.* 329 (193).

---

(193) Osserva il sig. di Maleville sul citato *artic.* 328, che la legge fece un gran favore al figlio, rendendo a suo riguardo imprescrittibile l'azione diretta a reclamare il proprio stato. Si suppone, dice il medesimo, che il figlio non avrebbe mancato di agire, se più presto avesse scoperto il segreto della sua nascita. È quindi sempre considerato nell'impotenza di agire, ostacolo insormontabile alla prescrizione: *Non agere valenti non currit praescriptio.* Questa ragione, siccome chiaramente si scorge, non è estensiva al marito che vuole contrastare la legittimità del figlio. La legge nel caso del marito ha consultato il suo cuore, ed ha rilevato che il sentimento naturale del marito, il quale abbia motivi bastevoli a non riconoscere per suo un figlio, sebbene nato nel seno della sua famiglia, il suo dovere, l'oltraggio che ha ricevuto dovevano essere altret-

Se il figlio ha reclamato, li suoi eredi sono ammessi a proseguire l'azione, a menochè non avesse formalmente desistito, op-

---

tante circostanze per indurre il marito a rendere sul punto manifesta la sua querela, e quindi per riguardare come non più ammissibile l'azione che non fosse stata promossa nel più breve termine. Anche nel diritto romano si avevano per tale questione maggiori riguardi al figlio che ad altra persona. Così 1.° Le formalità prescritte alla donna pregnante se fossero anche state inosservate, la prole nata riteneva invariabile il diritto di reclamare la sua legittimità. V. la L. 1, §. 7 e 15, D. *de agnosc. lib.* 2.° La confessione della madre che la prole fosse nata per congiunzione adulterina non pregiudicava punto alla legittimità del figlio, che poteva sempre reclamare. 3.° L'editto *Carboniano* aveva stabilito che nel caso di questione di stato mossa ad un impubere, fosse questa differita alla pubertà e posto frattanto il medesimo, *causa cognita*, nel possesso de' beni. V. il *tit. de Carbon. edic.* Potrebbe per altro avvenire che il marito fosse demente, paralitico, giacente nel letto, in una parola costituito in uno stato tale che non possa riconoscere la condotta della sua moglie. In questo caso io convengo con il sig. di Maleville che si faccia luogo all'applicazione del §. 2 del *citato art.* 316, e giudicare come nel caso di fraude, per cui il termine non corre che dopo d'averla disco-

pure lasciato trascorrere tre anni senza avere proseguita la procedura; ciò che in diritto dicesi *perenzione d' istanza.* Ibid. art. 330 (194).

---

perta, cioè che il termine prescritto sia decorribile dalla convalescenza o dalla morte del marito.

Con ragione poi l' imprescrittibilità dell' azione accordata al figlio fu riservata esclusivamente al medesimo e non estesa a' suoi eredi. L' interesse principale e personale, oggetto immediato di quest' azione di stato, non può riguardare che il figlio. Gli eredi non vi hanno che un interesse di conseguenza, e più pecuniario che altro. Perciò non milita per essi quel favore che la legge ha voluto accordare alla persona reclamante il suo stato. Allorchè il figlio non ha reclamato dopo cinque anni decorsi dalla sua maggiorità, la legge vede nel suo silenzio un argomento per rilevare che avesse all' azione tacitamente rinunziato, argomento certamente non valutabile contro il figlio medesimo, ma sibbene efficace contro li suoi eredi che non hanno lo stesso favore, nè un riguardo prevalente a quelli che reclamano l' ordine e la tranquillità delle famiglie.

(194) Il lapso di tre anni decorribili dall' ultimo atto della procedura sospeso perime l' istanza. V. il celebre testo nella L. *properandum* 13, C. *de judic.* È però da osservarsi che l' *art.* 330 riceve una significante limitazione dall' *art.* 329. La volontà del

VIII.

Tout acte extrajudiciaire contenant le désaveu de la part du mari ou de ses héritiers, sera comme non avenu, s'il n'est suivi, dans le délai d'un mois, d'une action en justice dirigé contre le tuteur ad hoc *donné à l'enfant, et en présence de la mère.* Ibid. art. 318.

Questa è la precisa disposizione della legge 14 al Codice *de probationibus. Non nudis assertionibus, nec ementita professione (licet utrique consentiant), sed matrimonio legitimo concepti, vel adoptione solemni, filii civili jure patri costituuntur.*

« Lo stato degli uomini non dipende da vane allegazioni, da mentite dichiarazioni, anche di consenso d' ambe le parti: ma viene

---

figlio sia tacita, sia espressa di non istituire l' azione del suo stato, non può avere un effetto legale che negli anni della sua maggiorità. Quindi se dentro li cinque anni dall' epoca della sua maggiorità fosse il figlio morto, li suoi eredi potrebbero riprendere l' istanza, sebbene il defunto l' avesse lasciata perimere.

stabilito dalla prova, che la prole è stata concepita sotto il velo di un legittimo matrimonio, o che riconosce il proprio stato da una solenne adozione. »

Alcune volte simili dichiarazioni, invece di attenuare la prova che risulta dalla regola *pater est*, la fortificano, il che vedrassi in seguito.

Passiamo alla seconda regola, il possesso di stato.

IX.

Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance, et la possession conforme à ce titre.

Nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à ce titre. Ibid. art. 322.

Effettivamente il titolo e il possesso sono i due termini, che la stessa natura ha posti alla certezza dei fatti (195).

---

(195) Il sig. di Maleville sul riportato *art.* 322 fa la seguente osservazione = *Il semble résulter de cet article qu'un enfant inscrit sur le registre, sous*

X.

« Per titolo s' intende l' atto di nascita della prole, consegnato ne' registri dello stato civile. » *Ib. c.* 2, *art.* 213.

Insufficienza di questi registri riguardo

---

des faux noms, c'est-à-dire comme fils de Pierre et de Marie, tandis qu'il serait fils de Jean et de Lovise, et qui aurait été élevé en effet comme enfant des premiers, ne serait pas recevable à prétendre qu'il appartient aux seconds. Cependant, le contraire est décidé par l'article suivant. Le commencement de celui-ci a été rédigé d'une manière trop générale. Questa volta non posso convenire con il sig. di Maleville, tre sono li casi che sul proposito di questa interessantissima questione vengono nel nuovo Codice contemplati. Il primo si è, che manchi il titolo e vi sia il possesso costante e certo dello stato, *art.* 320. Il secondo, che al titolo sia conforme il possesso, *art.* 322. Il terzo, che manchi tanto il titolo, quanto il possesso costante, oppure che il possesso non convenga alla falsità del titolo, *art.* 323. Nel primo caso è dichiarato che basta il possesso costante dello stato. Nel secondo non si ammette alcun reclamo o contestazione. Nel terzo è ammessa la prova della figliazione anche testimoniale, purchè provenga da un incominciamento di prova in iscritto,

ai fatti che non sono attestati dal funzionario pubblico come seguiti in presenza sua, se le dichiarazioni che sono in que' registri non vengono sostenute quando il titolo è attaccato dal possesso di stato.

L' uso di questi registri non è antichissimo fra noi, come osserva l' oratore del governo. Erano sconosciuti nel 10, 11, 12 e 13 secolo dell' era nostra: furono estremamente negletti in tempo delle guerre civili del decimosesto secolo, ad onta degli ordini d' Orleans, di Blois, di Moulins, promulgati secondo il voto degli stati generali; tenuti con esattezza, appena nelle grandi città dopo l' ordine del 1667, questi registri non ebbero vera consistenza che in forza della

---

oppure da gravi indizj e presunzioni. Quando adunque il figlio sia iscritto ne' registri come figlio di Pietro e Maria, ed in effetto come tale sia stato allevato e nudrito, l' *art.* 323 non somministra alcun mezzo all' oggetto di pretendere che sia piuttosto figlio di Giovanni e di Luigia. Il vero caso dell' *art.* 323 si è, che sia stato il figlio allevato come figlio di Giovanni e di Luigia, quando ne' registri era iscritto come figlio di Pietro e di Maria.

dichiarazione dei 9 aprile 1736: e furon poscia in gran parte distrutti, sessant' anni dopo, dal furore dell' anarchia (196).

Cosa provan essi in autentico modo? Ciò che è seguito in faccia al pubblico funzio-

---

(196) V. Danty = *Traité de la preuve par témoins, art. 55 de l' ordonnanc. de Moulins*. La maniera di verificare co' pubblici registri la nascita e la morte degli uomini era conosciuta e praticata ancora presso i Romani. Servio Tullio fu il primo che ordinò = *Romanos omnes describere, et aestimare rem suam ad argentum, juratos ipsos legitimum juramentum, se vere et ex omni optimo aestimasse, ex quibus essent parentibus scribentes, et cujus ipsi aetatis, et uxores filiosque nominantes, et in quo urbis habitarent loco, aut quo in pago regionis .... Duravitque diu apud Romanos haec lex*, così Dionigi d'Alicarnasso *antiq. rom. lib.* 4. Sotto la repubblica li pretori avevano cura di questi registri, e l'imperatore Marco Antonino ristabilì quest' uso che una lunga inosservanza aveva abolito: *Inter haec liberales causas ita munivit, ut primus juberet apud praefectos aerarii saturni unumquemque civium natus liberos profiteri, intra trigesimum diem a nomine imposito. Per provincias tabulariorum publicorum usum instituit, apud quos idem de originibus fieret quod Romae apud praefectos aerarii: ut si forte aliquis in provincia natus causam liberalem diceret, testa-*

nario, curato o altri, con testimonj chiamati alla celebrazione dell'atto, per cui una creatura, maschio o femmina, è stata presentata all'uomo della legge e agli astanti, i quali gli hanno dato il nome, con cui

---

tiones inde ferret. V. il Jul. Capit. *in. vit. Marc. Anton. num.* 9. Da questa istituzione ebbe origine quella che nel diritto romano dicesi *professio natalium*, alla quale allude Giuvenale nella Satira IX, ove introduce l'adultero a parlare con lo scornato marito: *Nullum ergo meritum est, ingrate ac perfide? nullum?*

Quod tibi filiolus vel filia nascitur ex me.
Tollis enim, et libris actorum spargere gaudes.
Argumenta viri: foribus suspende coronas.
Jam pater es: dedimus quod famae opponere possis.
Jura parentis habes.

Dal testo nella L. 16, D. *de prob. etiam matris professio filiorum recipitur: sed et avi recipienda est*; si rileva ad evidenza che il padre d'ordinario doveva professare ne' pubblici atti la nascita del figlio. Da questi atti adunque desumevasi principalmente l'indicazione del numero de' figli di ciascheduno, non che la loro condizione. L'esperienza per altro aveva edotti li romani legislatori che non poche volte fosse fraudolenta e pregiudiziale all'altrui stato simigliante professione. Perciò il giureconsulto Scevola sulla propostagli questione della donna ripudiata dal ma-

dev' essere riconosciuto in società. I testimonj hanno detto al pubblico ministro che la prole a lui presentata proveniva da un tale e da una tale: ma chi conferma la verità di questa dichiarazione? La stessa maternità abbisogna di una prova ulteriore, se il padre presente non ne attesta la certezza colla sua firma, o colla sua dichiarazione, se non sa o non può firmare.

Che sarà poi, se l'atto di nascita porta *padre e madre incogniti*, o altre indicazioni immaginate per palliare la frode?

L'atto di nascita, anche il più regolare ed autentico, ha dunque bisogno del possesso di stato: fa però prova, sinchè non insor-

---

rito nella sua gravidanza, la quale aveva professato negli atti pubblici come spurio il parto venuto alla luce, rispose che la professione fatta da una donna incollorita non poteva arrecare alla prole un pregiudizio irreparabile, e dovevasi lasciar luogo alla discussione della verità. V. la L. 29, *de prob.* Perciò l'imperatore Tito Antonino, come lo riferisce Papiniano nella L. 8, D. *de stat. hom.*, rescrisse, *non laeat statum liberorum ob tenorem instrumenti male concepti*, e nella L. 22, C. *de liberal. caus.* fu stabilito che *parentes, natales, non confessio adsignat.*

gano contradditori che dimostrino con prove evidenti la sorpresa fatta alla giustizia: *dolum ex indiciis perspicuis*, dicono le leggi romane.

« Il genere più antico di prova, ammesso da tutte le nazioni, che comprende tutti i fatti proprj a far emergere la verità, senza del quale nulla v'è di certo, nè di sacro tra gli uomini, è la prova del possesso costante dello stato di figlio legittimo. » (*Bigot-Préameneu*).

X I.

Quai sono i fatti che costituiscono il possesso di stato?

Le nostre antiche leggi lasciavano tal questione all'arbitrio del giudice. L'articolo 321 dello stesso titolo del nuovo Codice determina questi fatti, senza escludere, come osserva il dotto oratore del governo, quelli che non essendo compresi in questa lista servono di maggiore appoggio, e senza esigere che tutte le circostanze indicate nell'articolo si trovino unite. *Ibid.*

Il possesso di stato viene stabilito da una

bastevole riunione di fatti che indicano il rapporto della filiazione e della parentela tra un individuo e la famiglia, a cui pretende appartenere.

Che il padre l'ha trattato come suo figlio, e ha provveduto in tale qualità alla sua educazione, al suo mantenimento e al suo stabilimento.

Che è stato costantemente riconosciuto per tale nella società.

Che è stato riconosciuto per tale dalla famiglia. Ibid. art. 321.

XII.

Se v'è contraddizione tra l'atto di nascita e il possesso di stato, chi la vincerà?

Senza alcun dubbio, il possesso, e ciò per tutti i titoli di preminenza di sopra esposti (197).

---

(197) Allorchè vi sia contraddizione tra l'atto della nascita ed il possesso di stato, il possesso reclama una preferenza, la quale per altro non può essere assolutamente decisiva per escludere le ulteriori prove. In quest'ipotesi potrebbesi applicare la teorìa del di-

Ma questo possesso risulta da fatti, che spesse volte non possono esser provati che da testimonj, prova sempre vacillante, incerta sempre. Questa perfezione di leggi ci ricondurrebb' essa forse a que' barbari tempi, quando lo stato degli uomini e l'ordine intiero della società dipendevano dalla disposizione di testimonj troppo spesso sviati o sedotti? No certamente. La prova testimoniale del possesso di stato sarà dunque ammessa contro i fatti enunziati nell' atto di nascita (198), ma soltanto allora che questa

---

ritto romano, la quale presume nel possesso di stato la verità della condizione o asserita, o impugnata sino alla verificazione della prova in contrario: *Circa eum*, così Ulpiano nella L. 14, D. *de probat.*, *qui se ex libertinitate ingenuum dicat, referendum est quis actoris partibus fungatur? et siquidem in possessione libertinitatis fuit sine dubio ipsum oportebit ingenuitatis causam agere docereque se ingenuum esse: sin vero in possessione ingenuitatis sit, et libertinus esse dicatur hoc probare debet, qui eum dicit libertum suum.*

(198) Riguardo alla prova testimoniale è necessario ritenersi: 1. Che la medesima non è in alcun modo ammissibile allorchè trattisi di giustificare que' fatti particolari, dalla cui riunione viene stabilito il pos-

prova sarà appoggiata sopra un *principio di prova in iscritto.*

Tale era nel nostro antico diritto la disposizione formale degli articoli 2 e 3 del titolo 20 dell'ordine del 1667.

«. . . . Non sarà ricevuta (porta l'art. 2) nessuna prova contro e più che nel contenuto negli atti . . . .

» Non intendiamo di escludere le prove con testimonj . . . quando non si potesse prevalere degli atti: e altresì *quando vi sarà un principio di prova per iscritto.* » Ib. art. 3.

Questa espressione *contro e più che nel*

---

sesso di stato. 2. Che la prova testimoniale viene ammessa, quando provenga da un incominciamento di prova in iscritto o da gravi indizj ed urgenti presunzioni, se l'iscrizione del figlio ne' pubblici registri sia attaccata di falso. 3. Che la prova testimoniale per se stessa ed indipendentemente da un principio di prova scritturaria o da prova indiziaria non è ammessa in alcun caso relativo alla questione di stato. La stessa massima parve pure adottata nel diritto romano nella simile causa dell'ingenuità: *Si tibi controversia ingenuitatis fiat, defende causam tuam instrumentis et argumentis, quibus potes. Soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt.* L. 2, C. *de test.*

contenuto negli atti sarebbe equivoca, se l'eccezione non si applicasse a tutta la generalità dell'articolo: imperciocchè il *principio di prova per iscritto*, il più formale, non basta per far ammettere la prova testimoniale di fatti contrarj a quelli che sono attestati dal pubblico funzionario. Questo autentico attestato non può essere annullato che dalla qualità di falso, accusando il pubblico funzionario d'aver prevaricato nel suo ministero: ed esponendosi, in caso di soccombere, a tutto il rigor delle pene pronunziate contro i calunniatori (199). Questo è il mo-

---

(199) *Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur*, così nella L. 1, C. *de testib.*, la quale dai *Basilici* restitui Cujacio nel *lib.* 13 delle sue osservazioni *cap.* 38, avendola attribuita ad Antonino. Sarei quasi infinito, se ad una ad una esporre volessi le moltiplici e varianti opinioni degl'interpreti sul punto: se contro la prova scritturale possa ammettersi la testimoniale. V. fra gli altri Boemer. *jur. eccles. protest. lib.* 2, *tit.* 19, §. 24 sino al §. 35. La questione per altro parmi sciolta da Paolo giureconsulto *in lib.* 5, *tit.* 15, *sentent. recept.* §. 4. *Testes, cum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt.* Quando adunque alla sincerità della scrittura non si può nulla de-

tivo che ci ha impegnato a servirci di una espressione più ristretta, contro i fatti enunziati nell' atto di nascita. Abbiamo veduto esser quelli che riguardano specialmente la paternità, e talvolta la maternità.

In mancanza di titolo o di possesso costante, oppure quando il figlio è stato registrato, sia con falsi nomi, sia come nato *di padre e madre incogniti*, la prova di filiazione potrà farsi con testimonj.

---

trarre, e di più la qualità dell' atto esige per forma essenziale la scrittura medesima, non v' ha alcun dubbio che inutilmente si ricerca la prova de' testimonj contro ciò che non solamente costituisce una prova, ma la forma ancora dell' atto. È pertanto necessario che al pubblico registro si opponga il vizio della falsità o della simulazione, perchè si possa far uso della prova testimoniale: ma altronde le ordinanze della Francia avevano ristretto questo genere di prova a confini molto angusti, e per lo più esigevano un incominciamento di prova per iscritto. Quindi nel nuovo Codice si ebbe riguardo a tale prescrizione, e si volle perciò che sull' ipotesi di registri falsi o simulati la prova della figliazione per testimonj prendesse il suo incomincimento o da uno scritto analogo ai rapporti di paternità e figliazione, o da indizj che possano produrre una grave presunzione.

Nulladimeno questa prova non può essere ammessa, che *quando vi è principio di prova per iscritto*, o quando le presunzioni o indizj, che risultano da fatti allora costanti, sono gravi quanto basta per determinar l'ammissione. *Cod. civ. ibid. art.* 323.

Questi fatti costanti non possono essere che confessioni fatte dai difensori delle parti, o dalle parti stesse, sia all'udienza, sia negli interrogatorj (200) sopra fatti e articoli che

(200) L'*udienza* significa propriamente l'assemblea de' giudici per ascoltare le parti ed i loro avvocati in una giudiziale contesa sopra oggetti di giustizia. Le interrogazioni che l'una delle parti dà all'altra per rilevare una verità dalle risposte sul merito della causa non sono conosciute nel diritto romano. Il titolo ne' Digesti *de interrogat. in jur. fac.* indica le interrogazioni che soleva l'attore dare al reo avanti la contestazione della lite per rilevare la di lui qualità, a cui dovevasi conformare l'azione: onde declinare dal pericolo, *ne actor plus petendo causæ caderet*, §. 33, *inst. de act.* Nel foro s'introdussero le così dette *positiones*, le quali hanno la loro sorgente dal diritto canonico, e si danno dopo la contestazione della lite dall'attore al reo in riguardo al merito dell'azione, o dal reo all'attore in riguardo al merito dell'eccezione. Il ponente premette il giu-

l'attore in causa ha fatto subire ai suoi avversarj. Imperciocchè, quantunque il nuovo Codice fin qui non abbia fatto menzione di questa procedura ammessa dai nostri antichi ordini, e particolarmente da quello del 1667, egli potrà riformarne gli abusi, ma non è verosimile che li abroghi: quella procedura ha per base la regola dell'equità naturale, fissata dalle leggi romane. « È manifesta turpitudine il non voler nè affermare, nè convenire del torto. » *Manifestae turpitudinis est nec jurare velle, nec solvere* (201).

---

ramento che si chiama *jusjurandum dandorum*, ed il rispondente sulle risposte categoricamente date a ciascuna posizione presta un altro giuramento che dicesi *jusjurandum respondendorum*. V. fra gli altri Gail. *obser.* 1, 79. Ma questo così detto *jusjurandum respondendorum* non deve confondersi con il giuramento *necessario*, che in giudizio una parte deferisce all'altra sopra un oggetto in questione: giuramento che prestato una volta ha forza di transazione, ed è una specie di cosa giudicata. V. il tit. *de jurejurand. etc.* Il semplice *jusjurandum respondendorum* sulla risposta negativa ad alcuna posizione non era un giuramento decisorio che precludesse l'adito all'avversario di provare altrimenti la posizione negata.

(201) *Manifestae turpitudinis et confessionis est*,

Fuor di queste spontanee confessioni, ottenute per la forza della verità, i principj di prove per iscritto, parlando dello stato, non possono risultare *che dai registri o carte domestiche del padre o della madre, dagli atti pubblici o anche privati, che vengano prodotti da una delle parti, impegnata nella contetestazione*, o *che vi avrebbe interesse se fosse viva*, tanto meno sospetti, quanto che non si possono suppor fabbricati per la causa. La legge adunque non ha potuto negare d'ammetterli, se non come prove concludenti, almeno *come principj di prova per iscritto*. Ibid. art. 318 (202).

---

nolle nec jurare, nec jusjurandum referre, così il preciso testo nella L. 38, D. *de jurejurand. etc.*

(202) Ogni scrittura privata d'alcuno, il quale abbia interesse nel fatto che si deve provare, se concerne precisamente il fatto stesso in questione, è un incominciamento di prova per iscritto. Bacquet. *chap.* 15, *droit de justic. nombr.* 66, rischiara la definizione coll'esempio di una donna, la quale per convenzione apposta al contratto di matrimonio si era riservata la facoltà di riprendere la dote nel caso di rinunzia alla comunione, ma non aveva fatto inventario delle cose da essa portate in dote. Il marito

La prova contraria (dovendo la bilancia della giustizia essere tenuta in un perfetto equilibrio, la prova testimoniale non è mai ammessa, senza che il giudizio non aggiunga, *salvo la prova contraria*) potrà farsi con tutti i mezzi atti a stabilire, che il reclamante non è il figlio della madre che pretende avere: o anche, *provata la maternità*, ch'egli non è figlio del marito della madre. *Ibid. art.* 325.

« La legge (aggiunge l'oratore del governo Bigot-Préameneu) non guarda come prova di paternità contro un marito la prova di maternità che venisse fatta contro sua moglie. In fatti la prova di maternità essendo fondata sul parto d'un figlio, di quel figlio stesso che reclama, non ne risulta alcun possesso di stato, nessuna riconoscenza di padre, nessun titolo (203). »

---

ammalato dichiarò per atto avanti al notajo che aveva portati 300 scudi per parte della sua dote. Si disse che questa dichirazione era un avvantaggio indiretto, e quindi si giudicò esservi soltanto un incominciamento di prova, onde fu ammessa la donna alla prova testimoniale.

(203) Tre osservazioni occorrono nel *cit. art.* 305.

Vedi su questa materia il titolo del Digesto *de probationibus et praesumptionibus*: quello del Codice *de probationibus* ed il dotto commento di Dumoulin sopra il §. 8 dell' antica costumanza di Parigi.

XIII.

Di un mezzo usato nell' antico ordine di cose per far ammettere la prova testimoniale di fatti che non sarebbero ammissibili per mancanza di principio di prove in iscritto.

1.a Che la prova contraria alla pretesa maternità o paternità potendosi fare con tutt' i mezzi proprj a stabilire questa negativa, la quale non è assoluta ed indefinita, ma *coartata*, come la chiamano i prammatici, può essere semplicemente testimoniale, senza che debba avere il suo incominciamento da una prova in iscritto. 2.a Che la prova contraria accordata nell' *art.* 323 è sempre subordinata a quelle presunzioni, di cui trattasi nel precedente *cap.* 3.a Che la prova della maternità non ha una necessaria connessione con la prova della paternità, non potendosi la certezza del padre determinarsi nel modo medesimo, con cui d' ordinario si determina la certezza della madre.

La soppressione di stato è un delitto punibile in via criminale. Il figlio, che vorrà innestarsi in un estera famiglia, denunzierà questo delitto alla giustizia. Per appoggiare l'atto di accusa produrrà testimonj o sedotti o subornati: e la pubblica vendicatrice giustizia non permettendo che in materia criminale si adottino tanti scrupoli per rigettare la prova testimoniale, come in materia civile, fatta questa prova, egli si terrà sicuro l'esito del suo progetto.

Queste astuzie frequenti nell'antico sistema per isfuggire al giudizio preliminare dell'ammissione o rejezione dei fatti articolati, giudizio con ragion riguardato come il nodo in questa sorta di affare (perchè era ben raro che chi s'impegnava in tal lotta non avesse preparata e pronta questa prova), troppo spesso riuscivano, per un abuso dell' assioma de' pratici, *il criminale tira a se il civile* (204). Per conseguenza il tribunal cri-

(204) Non è vero che l' azione criminale tiri sempre a se l'azione civile, cioè (per servirmi dell' espressione del diritto) quella faccia sempre *pregiudizio* a questa. Nel concorso di due cause, l' una cri-

minale, che non poteva giudicare se non sulle informazioni, diveniva competente per pronunziare sulla reclamazione di stato: oppure se rimandava l'affare al civile, cangiando *l' informazione* in *inchiesta*, secondo l'espression di que' tempi, l'attore godeva dell' inestimabil vantaggio di presentarsi con un' inchiesta fatta, la quale non poteva essere infirmata che da quella del suo avversario, tanto più difficile, quanto che s'aggirava quasi sempre sopra fatti negativi.

Il nuovo Codice previene quest'abuso con due articoli.

Les tribunaux civils sont seuls compétens pour statuer sur les réclamations d'état. Ibid. art. 320.

L'action criminelle contre un délit de suppression d'état, *ne pourra commencer qu'après le jugemént definitif sur la question d'état*. Ibid. art. 321.

« La legge, dice l'orator del governo, teme talmente il far dipendere interamente le que-

---

minale e l'altra civile, quella vuol essere preferita dalla cui cognizione essenzialmente dipende la decisione dell'altra. V. Boemer. *exercit.*

stioni sullo stato dalle deposizioni dei testimonj, ch'ella impone ai giudici il dovere di proscrivere i mezzi indiretti che si volessero prendere per arrivarvi. Tali sarebbero i ricorsi e querele per soppressione di stato, che si portassero al tribunal criminale, prima che fosse seguito per la via civile un finale deciso giudizio.

Simili ricorsi sono stati (o devono certamente essere stati) rigettati come fraudolenti: e le parti sono state rimandate al foro civile.

Questa decisione è contraria alla regola generale, la quale, riguardando la pena dei delitti come il più grande interesse dello stato, sospende le procedure civili, quando v'è luogo a processo criminale: ma quando l'interesse è diverso da quello della pubblica vendetta, e che l'importanza di quell'interesse fa temere che l'accusa criminale non sia stata intentata di buona fede: quando si presume che quest'azione di accusa non ha in mira che di eludere la regola del diritto civile, la quale in materia di questioni sullo stato esclude, come pericolosa, la prova per testimonj: quando la legge civile che rigetta

questa prova, anche per interessi civili, fosse in opposizione colla legge criminale, che li ammettesse: bench'essa dovesse avere per risultato il disonore o una pena afflittiva, contuttociò non può rimanere alcun dubbio sulla necessità di far giudicare le questioni di stato nei tribunali civili prima che abbiano luogo le procedure criminali. *(Bigot-Préameneu)*.

Terminiamo questa discussione coll'esporre una causa, che sotto l'antico sistema sembrava riunire tutte le spine di queste difficili questioni, che il più celebre oratore del secolo decimottavo ha tolte.

CAUSA

Della damigella Ferrand figlia maggiorenne,

Contro madama de Bellinzani, vedova del signor presidente Ferrand, e gli eredi collaterali dello stesso.

(a) Il signor Ferrand, presidente della camera delle richieste nel parlamento di

---

(a) Opere di Cochin, tom. IV, pag. 299 e seg.

Parigi, sposa nel 1686 la zitella Bellinzani. Per dieci anni vivono in pace, ed hanno tre figli. Accadono molte e gravi disgrazie alla famiglia Bellinzani, e queste ricadon anche sopra madama Ferrand, che da quella era uscita. Il marito, sino allora integro, illuminato magistrato, prende malumore, e diviene assai spiacevole. I due sposi convengono di separarsi. Il sig. Ferrand per atto solenne di notaro, qualificato di transazione, consente che la sposa si ritiri in quella casa regolare o secolare di Parigi o della campagna, ch'ella amerà meglio, e si obbliga di pagarle una pensione nel luogo del suo ritiro. La sig. Ferrand sceglie una casa secolare di ritiro, contrada du Bacq, parrocchia di S. Sulpizio, ov'ella in capo a meno di otto mesi della sua separazione partorisce [illegible] femmina. Lungi dal far sapere al sig. Ferrand il suo parto, ella prende tutte le misure possibili, onde il parto rimanga, per quanto si può, segretissimo. La neonata è portata al battesimo da una donna del popolo, senz'altra indicazione che un biglietto, in cui era scritto, che *quella creatura era figlio del sig. Michele Ferrand, presidente*

alle richieste, e della sig. Anna Bellinzani sua moglie: carta così informe, che il curato di S. Sulpizio non giudica doverne fare menzione nell'attestato e registro di nascita. Egli si contenta di dare alla bambina battezzata il nome di *Michele*, nome di battesimo del sig. Ferrand.

Questo singolare accidente viene a notizia di quel magistrato. Ben lungi dal riconoscere per suo quest' ultimo frutto della sua union conjugale colla sig. Ferrand, si reca nello stesso giorno con due notari alla casa del curato di S. Sulpizio: colà dichiara essere istruito *che si vuole a lui supporre un figlio, per fargliene onta: ch' ei lo prega di non battezzarne nessuno senza avvisarnelo:* e sulla dichiarazione fatta dal curato di ciò ch' era seguito la mattina del giorno istesso egli fa inserire nel processo verbale dei due notari e l'atto battesimale, e il biglietto trovato sotto i pannolini della bambina, non come riconoscenza di paternità, ma come prova del delitto, di cui ha sospetto.

Da tutto ciò concepisce tale spavento la sig. Ferrand, che appena giunta la fanciulla all' età di quattro anni, la madre va conducen-

dola di convento in convento per tutto il regno sotto nomi supposti, sino alla morte del sig. Ferrand, accaduta nel 1723. Allora essa costituì in testa della figlia, sotto nome di damigella di Vigni, due rendite vitalizie, ognuna di trecento lire, colle quali quella sfortunata vittima di domestici disordini sussiste da undici anni, sempre occupata a ricercare non prove, ma indizj a poter appoggiare la sua reclamazione.

Finalmente ella esce in campo con una dimanda d'essere riconosciuta, come sola dei quattro figli nati dal sig. presidente Ferrand e dalla damigella Bellinzani di lui sposa, che a lui sia superstite, e come tale, dichiarasi e pretende essere riconosciuta sua erede.

Lungi dall'essere sostenuta in questa impresa da chi le avea data la vita, essa conta tra i suoi avversarj la stessa sua madre. La sig. Ferrand interrogata su i fatti e articoli, è costretta di convenir del suo parto nella contrada du Bacq: « ma il figlio ch'io ho partorito, dic'ella morì: questa giovine, per cui mi son data qualche cura e pensiero, è figlia di mio fratello, spatriato per le disgrazie dalla mia famiglia sofferte. »

Ho detto che questa causa presentava tutte le spinosità, che troppo spesso accompagnano le questioni sullo stato. Ora dico, che i due giudizj del parlamento di Parigi, del 1736 e 1738, il primo che ammise la damigella Ferrand alla prova dei fatti ch'ella aveva esposti: il secondo che fece entrare la reclamante nella famiglia del sig. presidente Ferrand, presentano l'applicazione di tutti i principj che dovevano nel seguente secolo essere consacrati dal nuovo Codice.

In realtà qual è il primo aspetto della causa? Un atto di nascita nullo, che nessun altro indizio presenta, fuorchè una debole congettura tratta dall'identità del nome di battesimo del sig. Ferrand e di quello dato alla neonata.

Un atto del giorno istesso, emanato dal sig. Ferrand, che rinchiude un biglietto informe, più atto in apparenza a far sospettare una supposizione di parto, che a somministrare un principio di prova della legittimità della prole, come figlia del presidente Ferrand.

Nessuna prova di possesso di stato, nessun *tractatus* dal lato paterno, la stessa maternità incerta: imperciocchè, se madama

Ferrand conviene nel suo interrogatorio d'aver partorito a tal' epoca, in tali circostanze, ella sostiene però nel tempo stesso, che la figlia da lei partorita allora è morta. Se conviene d'aver pagato le pensioni, che hanno alimentata la reclamante nei divorzj convenuti, ove ha vissuto, non gliele ha mai pagate come a un individuo ch' ella riconoscesse qual figlia. Se ha data una somma di nove mila lire, per costituire in testa di madamigella di Vigni due rendite vitalizie, di 300 lire ciascuna, lo ha fatto, perchè essendo la damigella di Vigni figlia bastarda del fratello di madama Ferrand spatriato, questa non ha creduto poterla abbandonare.

Aggiungasi un silenzio di più di quarant' anni: aggiungasi la divisione da lungo tempo seguita della successione del sig. Ferrand.

Su questo campo di battaglia, come due guerrieri entro steccato, lottano i due più famosi oratori del passato secolo, i sigg. Cochin e Lenormand; degni d'essere paragonati non a Cicerone ed Ortensio, perchè di questo secondo non son giunte le arringhe infino a noi, ma ad Eschine e Demostene.

Anche supponendo, dice il sig. Lenor-

mand, l'identità del reclamante colla figlia partorita da madama Ferrand, bastantemente provata, non ne seguirebbe che la maternità della stessa. La regola *pater est* non è che una prova presuntiva, la quale non s'incontra in nessuno dei titoli del diritto, che parlano dello stato degli uomini: ma soltanto in un passo furtivo, ove non si tratta che dell'ordine giudiziario.

« Sulle prime fa spavento, risponde il sig. Cochin, la dissertazione, che gli avversarj di madamigella Ferrand fanno su questo punto di diritto. Come, la massima, che obbliga a riconoscere per padre del figlio il marito della madre di questo, non è dunque, come vorrebbesi far credere, che una volgare opinione, frutto d'ignoranza e di credulità? »

Essa all'opposto è il solidissimo fondamento dello stato degli uomini, il più sacro legame della società. L'hanno dettata la religione, la dignità del matrimonio, il sentimento della pubblica onestà: è perciò legge imperiosa, che tutto soggioga, che fa tacere dubbj, incertezze, presunzioni, sospetti dettati dalla malignità, o anche da

una sorta di verosimiglianza. Tutto in somma dee cedere a legge sì saggia e necessaria.

« È vero che si dà una legge anche più necessaria, ed è quella della impossibilità assoluta: essa fa eccezione non solo contro la regola *pater est*, ma contro l'altre tutte del diritto, per quanto siano positive e costanti..... »

Nel nostro caso non incontravasi questa impossibilità. E perciò, supposta l'identità della damigella Ferrand e del parto di madama Ferrand, il solo atto sottoscritto dal sig. Ferrand, nello stesso giorno del battesimo, quantunque mostri una protesta formale in contrario, basta per provare la paternità.

Alla obbiezione di un silenzio di 40 anni risponde l'oratore colla imperscrittibilità dell' azione per parte del figlio reclamante.

« Non si prova, dic'egli, la nascita con testimonj. La legge ci rimanda ai pubblici monumenti, ai registri e carte domestiche dei padre e madre defunti. Non si ascoltino dunque coloro che per provare un fatto così importante non offrono altro alla giustizia

che prove testimoniali. Così dimandano e vogliono giustizia, legge e ragione dai fermi magistrati: così è stabilito da una immutabile giurisprudenza. »

Questi motivi e alcuni principj di prova in iscritto, come un registro privato della depositaria del monastero dell' Annunziata di Melun, in cui la reclamante era notata col vero suo nome, i due contratti di rendita a profitto della zitella di Vigni, e soprattutto le confessioni risultanti dall' interrogatorio sopra fatti e articoli, subìto da madama Ferrand, decisero i magistrati di ammettere la prova testimoniale, e poscia ad aggiudicare alla figlia lo stato ch' essa reclamava.

E chi non ravvisa i principj adottati dal nuovo Codice, sviluppati dall' orator del governo, applicati nella loro generalità, con una precisione che lascia luogo all' arbitrio, meno che le nostre antiche leggi, senza per altro violentar l' opinione del magistrato! Ne daremo la prova nel seguente articolo (205).

---

(205) Era insorto il dubbio, per quanto ci riferisce il sig. di Maleville, nella discussione dell' *art.*

XIV.

Delle due specie di legittimazione, ammesse dalle nostre antiche leggi e ridotte dal nuovo Codice ad una sola fondata sulla natura.

Una costituzione che ammetteva distinzioni d'ordini, nobiltà ereditaria, prerogative tra-

---

327, che l'azione criminale contro il delitto della soppressione di stato posponendosi al giudizio definitivo e civile sulla questione dello stato, non potesse frattanto essere prescritta. Il noto assioma: *Contra non valentem agere non currit praescriptio*, applicato appunto all'impedimento di legge: *Contra non valentem agere ob juris impedimentum non currit praescriptio*, doveva certamente sciogliere questo dubbio. Rimane per altro da vedersi, se il predetto *artic°* escluda soltanto le parti dal proporre in preferenza alla questione civile dello stato l'azione criminale contro la soppressione di stato, e quindi se il pubblico ministero possa anche nel silenzio delle parti riguardo all'azion civile perseguitare questo delitto. Con tutto il rispetto alle discussioni impegnate sull'una e sull'altra delle opinioni rispettivamente contrarie, mi pare che fosse facilissimo il conchiudere che la preferenza al giudizio definitivo sulla questione di

smissibili agli eredi, poteva tollerare legittimazioni per patenti del monarca, che altro non erano se non dispense accordate ai figli naturali, per possedere uffizj e benefizj, dai quali le leggi della chiesa e dello stato li escludevano, senza assegnar loro una famiglia, nè loro trasmettere la successibilità (206): eccettuato il rango di *principi*

---

stato deve pure impedire al pubblico ministero d' intentare l' azione criminale per il delitto di soppressione. Era primieramente facile a riflettersi che l' azione pubblica per la persecuzione dei delitti secondo il sistema di procedura vegliante nella Francia viene esclusivamente riservata al pubblico funzionario che la promove in nome del sovrano, essendo affatto abolita la privata accusa. Non poteva quindi la proibizione espressa nell' *articolo* 327 ad altro riferirsi che al pubblico accusatore. Era in secondo luogo facile a riflettersi che l' *art.* non proibisce parzialmente alla parte civile d' intentare in prevenzione l' azione criminale; ma in termini assoluti ed indefiniti dichiara = *L'action criminelle, etc., ne pourra commencer, etc.*, prova manifesta che la proibizione è generale ed estensiva a tutti coloro, i quali possono promovere l' azion criminale.

(206) Il rescritto del principe per la legittimazione, detto in Francia *lettres de légitimation*, non dava al

legittimati, accordato dai nostri re ai proprj figli loro: mentre è principio di ragione e di equità naturale, che le grazie del sovrano non siano di profitto, se non a chi le ottiene, ma senza pregiudizio dell'altrui diritto. Per quanto fossero impotenti quelle lettere o patenti, pure simili privilegi sono incompatibili con un ordine di cose, nel

---

legittimato alcun diritto di successione, e non si riguardava che per una semplice dispensa all'effetto di ottenere onori e dignità. Alle volte però vi poteva essere la clausula espressa e precisa sulla capacità di succedere: ma in questo caso ne' paesi regolati con le particolari loro consuetudini, *pays coutumiers*, doveva concorrervi il consenso degli eredi presuntivi e necessarj, giacchè in forza delle medesime consuetudini anche i collaterali avevano un diritto *acquisito* su i beni. È perciò che d'ordinario alla clausula preindicata si aggiungeva la condizione di questo consenso, la quale non verificandosi, si aveva per non apposta la clausula. Era poi così necessario ed essenziale il consenso del padre naturale, che se fosse il medesimo morto avanti la registratura delle lettere, la clausula di poter succedere non aveva effetto. V. l'*ordinanza* di Enrico III verificata nella camera de' conti 14 *novembre* 1579. Riguardo alla madre ne' paesi del diritto scritto non doveva

quale non si conoscono altre distinzioni tra i cittadini che le pubbliche funzioni, delle quali hanno l'esercizio, e le personali ricompense, accordate per i servigi resi alla patria.

Così non è della legittimazione per matrimonio susseguente.

« Noi testè abbiamo ordinato con legge, dice l'imperator Giustiniano, che se qualcheduno ha avuto commercio, non sulle prime per maritale affezione (con donna però che potesse un giorno sposare) ne abbia avuto figli, indi crescendo l'amor suo abbia con lei contratto il matrimonio, non solamente i

essere necessario il di lei consenso per succederle, essendo conforme al diritto romano che i figli naturali concorrono con i legittimi nella materna successione. Le consuetndini però non erano su quest' oggetto conformi. La maggior parte escludendo i figli naturali dalla materna eredità, esigevano perciò il consenso della madre per l'effetto della clausula sulla capacità di succedere. Le costumanze di Saint-Omer e di Valencienne avevano adottato il principio romano, e così pure un *arresto* del parlamento di Grenoble, conforme ad un uso antico attestato da Espilli. V. Astruc. *trait. de la puissanc. patern.*

figli nati dopo il matrimonio siano legittimi e sottoposti alla podestà paterna, ma quelli ancora che hanno preceduto il matrimonio, i quali hanno procurato ai nati dopo essi l'occasione di una legittima esistenza. »

Nuper legem conscripsimus, qua jussimus, si quis mulierum in suo contubernio collocaverit, non ab initio affectione maritali (eam tamen cum qua poterit habere connubium) et ex ea liberos sustulerit, postea affectione procedente, etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit, filiosque vel filias habuerit: non solum secundos liberos qui post dotem editi sunt, justos et in potestate esse patribus, sed etiam anteriores, qui et his qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis praestiterunt. L. 11, C. de natural. lib. (207).

---

(207) Qualche interprete ha invocata la L. 57, §. 1, D. *de rit. nupt.* per rilevare il fondamento della legittimazione nella giurisprudenza dei digesti. Ivi per altro si fa soltanto speciale menzione di un rescritto che confermò lo stato de' figli nati da nozze incestuose, sul riflesso che la supposta moglie per lungo corso di anni ignorò la condizione del marito, zio della medesima, ed a riguardo ancora di una

Il diritto canonico ha adottato queste massime. « La forza del matrimonio è sì grande, che i figli nati prima del matrimonio

---

prole numerosa, che senza lo stato di famiglia avrebbe sperimentate le più tristi conseguenze. Essendo questo rescritto in ultima analisi un rescritto di grazia per un caso speciale, ognun vede che non poteva estendersi ad altri casi, nè costituire un diritto per la legittimazione: *Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.* L. 16, D. *de leg.* Era piuttosto permessa nel diritto antico allo stesso padre l'arrogazione del figlio naturale, come si rileva dalla L. *ult.*, D. *de adopt.*, inutilmente da alcuni invocata per un esempio di legittimazione. V. Gotofr. *in not. ad d.* L. L'imperatore Anastasio nella L. 6, C. *de natural. lib.* confermò questa specie di arrogazione, ma l'imperatore Giustino ha voluto abolirla: *Cum nimis sit indignum flagitiis praesidia quaerere, ut et petulantiae servire liceat, et jus nomenque patris quod eis denegatum est, id altero legis calore praesumant.* L. 7, *d. tit.* L'autore riporta una costituzione dell' imperatore Giustiniano, come la principale in punto di legittimazione *per subsequens matrimonium*: ma è certo che fu Costantino il primo ad introdurla, onde abolire in tal guisa il concubinato che la religione di Cristo da esso proclamata non poteva non riprovare. Della costituzione di quest'imperatore

devono essere considerati come legittimi dopo il matrimonio. »

Tanta vis est matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur. Alessandro III, cap. *Tanta, decret. qui filii sint legitimi* (208).

---

fa menzione Zenone nella L. 5, C. *de natur. lib.*, e lo ricorda pure Giustiniano nella *nov.* 88, *in pr.* L'ingiuria de' tempi l'ha involata, e rimane perciò incerto il vero senso della medesima. È certo per altro che questa specie di legittimazione era limitata ai figli a quell'epoca procreati dal concubinato, nè si estendeva ai futuri. V. Desid. Herald. *rer. quotid.* 1, 2, 4. Einec. *ad leg. Jul. et Pap. Comment. lib.* 2, *cap.* 5. Anastasio estese il benefizio della legittimazione anche alla prole futura. V. la L. 6, C. *d. tit.* Giustino richiamò all'osservanza la restrizione della legge di Costantino. V. la L. 7, C. *eod.*: ma Giustiniano imitatore di Anastasio rinnovellò l'indicata estensione. V. la L. 10 ed 11, C. *eod.*, il §. 2. *Inst. de hered. qui ab intest. nov.* 12, *cap.* 4, *nov.* 18, *cap.* 11, *e nov.* 74.

(208) Suppone erroneamente l'autore che nella legittimazione il diritto canonico abbia adottato le massime del diritto romano. Non è vero in questo diritto che dipenda esclusivamente dal matrimonio la legittimazione de' figli nati dalla femmina, con la quale furono le nozze celebrate. Secondo il diritto

« Se alcuno ha avuto commercio con don-

---

romano alla legge soltanto devesi attribuire l'efficacia della legittimazione *per subsequens matrimonium* nel caso dalla medesima determinato, cioè quando i figli fossero procreati nel concubinato, che le leggi romane avevano permesso. È perciò, che fuori di questo caso si vedeva più volte verificato il matrimonio senza che si verificasse la legittimazione della prole anteriormente concepita. Si ponga il caso che la figlia unita in matrimonio senza il consenso del padre abbia concepito in vita del padre istesso, il quale ignorava ancora queste nozze, e dopo la di lui morte abbia partorito. Sebbene la morte del padre riconvalidi il matrimonio ch'era nullo in vita del medesimo, il quale non vi aveva in modo alcuno acconsentito, la prole nata non è legittima, dice Paolo giureconsulto nella L. 11, D. *de stat. hom.* Suppongasi che un figlio fosse concepito mediante stupro commesso con una vergine, con la quale posteriormente si fosse dallo stupratore contratto matrimonio: essendo criminosa ed affatto distinta dal vero concubinato cotale congiunzione, il successivo matrimonio non poteva legittimare la prole che n'era derivata. Ma nel diritto canonico anche il concubinato si annovera, e con ragione tra le congiunzioni illecite. Adottandosi quindi la massima del diritto romano ch'escludeva la legittimazione di prole nata da illecita congiunzione, ne doveva de-

na, che avesse potuto legittimamente spo-

---

rivare per inevitabile conseguenza che nessun figlio fuori di giuste nozze procreato si potesse legittimare. Altronde il favore del matrimonio riguardato specialmente nel carattere spirituale, che gli è inerente, doveva reclamare il beneficio della leggitimazione. Fu pertanto adottata nelle decretali pontificie la massima che l'efficacia del matrimonio importasse la legittimazione della prole o concepita o nata da un'anteriore ed illecita congiunzione de'medesimi conjugi. Così i figli ancora nati dall'adulterio, ogni qualvolta tra l'adultero e l'adultera si fosse verificato il matrimonio, come nel diritto canonico verificare si poteva, alla eccezione de'due casi specialmente contemplati divenivano legittimi. Così legittimavasi una prole incestuosa, se mediante dispense dall'impedimento per il grado di cognazione le successive nozze avessero cancellata la macchia dell'incesto. Così una sacrilega congiunzione con persone, le quali abbiano professata un'approvata religione ed emessi voti solenni di castità, convertendosi le legittime nozze con il concorso dell'ecclesiastica autorità, non è più considerata per un ostacolo alla prole che ne provenne. V. Boem. *jus. eccles. Protest. ad tit. qui filii sint legit.* Era pure secondo le leggi di Giustiniano essenziale alla legittimazione il consenso della prole legittimanda, per la ragione che *nemo invitus alterius*

sare. » *Eam tamen, cum qua poterit habere connubium* (209).

Queste poche parole della legge romana racchiudono la condizion principale della legittimazione per matrimonio susseguente. Quindi è che invano tenterebbero i bastardi adulterini e i bastardi incestuosi d'impegnare chi lor diede la vita a scancellare in tal guisa la macchia della loro origine.

Nei tempi che il ministro della chiesa era il solo pubblico funzionario incaricato di at-

---

potestati subiici potest. V. la *nov.* 82. In Francia però si era adottata la legittimazione giusta i principj del diritto canonico. = *Nous suivons à la lettre la disposition du droit canon. dans le chap.* tanta est X, qui filii sint legit., *qui donne au mariage l'effet de légitimer* ipso jure *les enfans nés auparavant, et ce qu'on observe communément de les mettre lors du mariage sous le poële,* (proles sub palio) *n'est qu'une simple cérémonie dont l'obmission ne ferait pas que les enfans fussent moins légitimes.* = Astruc. *trait. de la puissanc. patern.*

(209) Non bastava, siccome osservai nella precedente nota, che la congiunzione fosse avvenuta con femmina capace di legittimo matrimonio: era pure necessario che questa congiunzione, come conseguenza del concubinato, non fosse riputata illecita e criminosa.

testare l'impegno contratto da due sposi, era in uso il porre sotto un gran drappo i figli che gli sposi volevano legittimare, per implorare sovr' essi, come sopra la loro futura posterità, le benedizioni del cielo. Non era però necessaria questa formalità a render valida la legittimazione: questa comprendeva di diritto tutti i figli riconosciuti dai loro genitori; prima o all' epoca stessa del matrimonio, ma non posteriormente: mentre sarebbe ciò stato una specie di adozione che non avrebbe avuto nè le forme nè il carattere della vera adozione. I morti stessi partecipavano del favor della legge nelle persone dei loro discendenti (210). « La legge

---

(210) Premorto al padre il figlio naturale, al quale sia superstite una prole legittima, non sono d' accordo li più accreditati interpreti ed espositori del diritto romano, se il successivo matrimonio dell'avo con la madre del figlio naturale predefunto legittimi riguardo a se e per il diritto di succedergli il nipote altronde legittimo. Perez, Zoesio, Ubero e Schultingio furono per l'opinione affermativa, e per la negativa hanno combattuto Bacovio, Vinnio e Bockelmanno. L' idea della finzione retroattiva inerente alla legittimazione *per subsequens matrimonium*,

ha voluto creare un capo di famiglia: s'egli più non esiste, i suoi discendenti devono essere ammessi a rappresentarlo. » (*Bigot-Préameneu*).

---

portata secondo alcuni al tempo della concezione e secondo altri al tempo della nascita della prole, è forse uno de' più solidi argomenti per appoggiare l'opinione affermativa: ma l'eruditissimo Boemero nell'opera e titolo altrove citato dimostrò sino alla evidenza il difetto di fondamento nelle leggi relative alla legittimazione, onde sostenere cotesta finzione retroattiva, e dietro le tracce di un giureconsulto tanto rispettabile l'ha pure impugnata con una serie analitica di argomenti il coltissimo Giorgio Jordens nell'egregia sua dissertazione *de legitimat.* appresso Fellenberg, *jurispr. antiq. tom.* 2. Il sig. di Maleville riconvenendo nella ricordata opinione affermativa ricorre al §. 2, *inst. de hered. quae ab intest. etc* Ma il lodato Jordens acerrimo sostenitore della negativa osserva essere notabile la differenza tra il diritto di rappresentazione nei nipoti per succedere all'avita eredità in luogo del padre, e la supposta rappresentazione nel nipote del padre che morì figlio semplicemente naturale dell'avo e senza il rapporto di famiglia che produce il diritto di poter essere rappresentato. Se l'opinione di Bacovio e di Vinnio è forse più fondata nel rigore di diritto, l'opinione di Ubero è certamente più conforme all'equità ed al

Questi principj sono chiaramente dedotti ed esposti nel nuovo Codice c. 5, ser. 1, art. 331, 332, 333.

E come si farà se l'attestato di nascita del figlio preteso legittimo è in contraddizione coll'atto della legittimazione, come se, per esempio, nell'attestato di nascita fosse qua-

---

favore della legittimazione. Il nuovo Codice nell'*art.* 332 avendo adottata questa opinione richiamò l'antica giurisprudenza della Francia, che pure l'aveva invariabilmente ritenuta = *Cet article*, dice Maleville, *est conforme à l'ancienne jurisprudence.* V. Lebrun, *trait. des success. liv.* 1, *ch.* 2, *distinct.* 1. Astruc. *trait. de la puissanc. patern.* = È però d'avvertirsi che l'estensione del beneficio di legittimazione per il successivo matrimonio dell'avo con la madre del figlio naturale premorto all'avo medesimo suppone che il superstite nipote fosse prole legittima del figlio premorto. Di fatti il *cit. art.* 332 dice = *descendans*, vocabolo di diritto, che non può non significare esclusivamente una prole legittima ; *Eo mortuo, si et nepos ex concubina sit, hunc sui tantum patris conjugium legitimare potuit, non avi ; quia tunc vere medium deficit, per quod aviti vis conjugii, conjugii ad illum pertingat. Ipse enim, quia naturalis est, non adgnascitur avo immediate in locum filii.* Huber. *in praelec. ad Dig. lib.* 1, *tit.* 6, *num.* 10.

lificato figlio o figlia legittima di tutt'altri che di quelli che lo reclamano nel loro atto di matrimonio?

Distinguete. Se l'atto di nascita è stato fatto in presenza del padre che l'abbia firmato, o abbia dichiarato non saper scrivere, fa pienissima fede: quello è il documento autentico, il titolo che ha collocato il neonato nella società, e che gli ha assegnata una famiglia: non può da nessuna posterior dichiarazione esser rivocato.

Se il padre era assente in tempo della celebrazione dell'atto di nascita, ricordatevi che quest'atto non è propriamente autentico e non suscettibile d'altra eccezione che di accusa di falsità, se non perchè i fatti sono attestati dal pubblico funzionario, il quale non può già garantire la verità delle dichiarazioni, che gli sono state fatte dai testimonj. E perchè non si correggerebbe un errore, se v'è colla dichiarazion di due sposi, che confessano il loro fallo, e vogliono ripararlo?

Una tale questione fu agitata nella gran-camera del parlamento di Parigi, nel febbraro del 1753, sull'appellazione d'una sen-

tenza del Castelletto, che avea fatto prevalere la riconoscenza espressa in un atto di celebrazione di matrimonio a un atto o fede di battesimo, che assegnava alla reclamante altri legittimi genitori. Il q.^{m} sig. Doulcet l'avea trattata in prima istanza: e a me la confidò poi per l'appello. La sentenza fu confermata, ma non senza opposizione: perchè le parti m'aveano rimesso la fede di battesimo di un altro figlio, nato e battezzato nella stessa parrocchia di Parigi, sotto i nomi di *figlio di N. e di Bona-Gabriela Amadea, sua legittima sposa*, che si dicevano persone immaginarie. Ma se è così, che farem noi di quest' altro figlio che non è compreso nell' atto di legittimazione? Perchè non ha egli parte nella fortuna di sua sorella? Vi permette forse la legge di uscire dallo stato di legittimità impressovi dal vostro atto di nascita, per entrare in quello di figlia legittima da matrimonio susseguente, perchè la successione del vostro padre adottivo è più opulenta di quella del vostro legittimo padre? Le prove del *tractatus* erano deboli: e l' esito della causa sarebbe stato almen dubbioso, se la fede di morte di quest'altro

figlio, mancato in tenera età, non avesse dissipate le nubi, che la sua fede di battesimo avea sparse su questa causa.

La legittimazione per matrimonio susseguente è una finzione: ma così conforme alla natura, così favorevole ai costumi, quando non è depravata dalla frode, che può dirsi equivalere alla verità (211).

Eppure quali abusi non nacquero dalla sua facilità, allorchè un monarca per molti anni fedele traviò, strascinato da quelle passioni, che pervertirono Salomone e tant' altri sovrani?

Al privilegio delle legittimazioni per lettere accordate ai loro figli naturali da Enrico IV e da Luigi XIV, le quali sui primi anni del regno di Luigi XV eccitarono pericolose rivalità, gli adulatori che circondavano il trono di quest' ultimo re, detto il Ben-Amato, gli proposero di sostituire delle pretese legittimazioni per matrimonio susseguente, comprate a contanti, sostenute dalla speranza del favore e da tutti i prestigj dell' ambizione.

---

(211) V. la nota precedente, Boemero e Jordens ne' luoghi ivi citati.

L'esempio è contagioso: ecco le famiglie le più distinte caricarsi di rami parassiti, i quali, innestati in un tronco d'albero a loro estraneo, assorbono il suco suo nutritivo.

Qual poteva essere il rimedio a questi mali? Forse imitar l' Inghilterra, che rigetta la legittimazione per matrimonio susseguente, perchè favorisce il concubinato (212)? No.

---

(212) Blakston ne'suoi commentarj alle leggi dell' Inghilterra pretende che la legge inglese, la quale rigetta la legittimazione de' nati prima del matrimonio, sia più saggia della legge romana che l'ammette. Ecco come ragiona questo dotto politico e giureconsulto = *Le but principal du contrat matrimonial est d'engager les conjoints à protéger, entretenir et écuquer les enfans qui en proviennent; et il parait que cette vue est mieux remplie en légitimant les enfans nés après le mariage, que ceux qui sont nés auparavant.* 1. *Parce qu'il est très-incertain que l'enfant soit de l'homme que l'on croit son père; au lieu que dans une union légale, la loi assure la légitimité de l'enfant, et indique quel est celui qui doit en prendre soin.* 2. *Parce que par les lois romaines, un enfant pouvait rester bâtard, ou être légitimé, à la volonté des parens: par un mariage qu'ils contractaient*, ex post facto; *et par-là ils ouvraient la porte à la fraude et à la partialité que nos lois ont pris*

Le ragioni di quel diritto son troppo antiche, troppo evidente ne è l'utilità, quando non è fattizia. Ma non riconoscerne gli effetti che usando delle necessarie precauzioni per provare la verità delle dichiarazioni anteriori o concomitanti del matrimonio che

---

soin de prévenir. 3. Parce que, par ces mêmes lois, un homme pouvait rester bâtard jusqu'à l'âge de quarante ans, et être ensuite légitimé par le mariage de ses parens ; ce qui frustrait des droits de protection et d'entretien qui constituent principalement le but du mariage. 4. Parce que comme les lois romaines ne limitaient pas de tems, ne fixaient pas de terme pour reconnaître les bâtards, et n'en bornaient pas le nombre, il pouvait s'en trouver jusqu'à douze, qui, vingt ans, ou plus, après leur naissance, pouvaient parvenir ainsi à la légitimation : ce qui était un grand découragement pour le mariage, dont le but principal est non-seulement de produire des enfans, mais encore des héritiers légitimes. Queste considerazioni esigono certamente de' riguardi per un sistema di legislazione affatto politico, ma per i rapporti naturali, a cui le leggi della società sul matrimonio e sullo stato de' figli devono il più possibilmente uniformarsi, la legge che ammette la legittimazione per un mezzo tanto naturale, quanto è quello delle nozze, reclama una preferenza.

le produce, ecco il rimedio a que'mali, rimedio che la legge affida alla prudenza dei magistrati.

FINE DEL VOLUME PRIMO.

INDICE RAGIONATO

Delle materie contenute nel primo volume dell'Analisi del diritto francese,
di P. L. C. Gin.

N. B. *Per rendere quest'indice più completo, oltre l'indicazione de' Titoli, delle Sezioni e de' Paragrafi, vi s' inserì anche tutto ciò che ne' numeri stessi e nelle note, che racchiudono, si è creduto possa servire di sviluppo alla materia.*

SEZIONE PRIMA.

SEZIONE PRIMA.

I Padri ed i Figli.

egis

170
74
680
1190
12586

125
68.1/2
1000
750
6

37